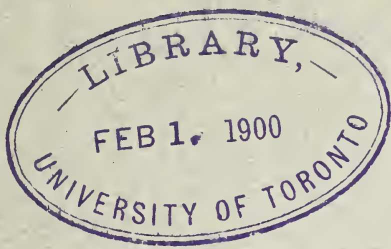




Iets over het vrijwillig terugtreden bij poging.



F. A. BIJVOET.

Iets over het vrijwillig terugtreden bij poging.

Iets over het vrijwillig terugtreden bij poging.

ACADEMISCH PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DEN GRAAD VAN

DOCTOR IN DE RECHTSWETENSCHAP,

AAN DE

UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM,

OP GEZAG VAN DEN RECTOR-MAGNIFICUS

Dr. C. M. KAN,

Hoogleeraar in de Faculteit der Letteren en Wijsbegeerte,

IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN

op Dinsdag 20 Juni 1893, des namiddags ten 4 ure,

IN DE AULA DER UNIVERSITEIT,

DOOR

FRANCISCUS ANTHONIUS BIJVOET,

GEBOREN TE OVERVEEN.



HAARLEM.
H. A. VAN OLPHEN & Co.
1893.

Aan mijne Moeder.

INHOUD.



INLEIDING.

Dat hij, die aangevangen heeft een misdrijf uit te voeren, maar vóor de voltooiing vrijwillig daarvan afziet of het schadelijk gevolg voorkomt, eene minder strenge strafrechtelijke behandeling verdient, dan hij, die, voorzooverre het in zijn macht stond, alles heeft gedaan om zijn misdadig voornemen geheel te verwezenlijken, is moeielijk voor betwisting vatbaar. Zelfs in de landen, waar dit niet uitdrukkelijk als beginsel in de wet is uitgesproken, ([1]) heeft dan ook de rechter vrijheid om bij de toepassing der wet er mede rekening te houden.

Maar in de meeste wetgevingen is men verder gegaan dan aan dit zoo voor de hand liggende beginsel uitdrukkelijk erkenning te verleenen.

Daar heeft men aan hem, die een misdrijf vrijwillig niet heeft voltooid, niet aanspraak gegeven op verzachting resp. vermindering van de tegen het voltooide misdrijf bedreigde straf, maar hem zèlfs, voor zoover

([1]) Zoo b. v. in Engeland.

het reeds gedane niet een zelfstandig delict oplevert, geheel buiten het bereik der strafwet geplaatst. Men heeft daar hetzij de onvrijwillige niet-voltooiing als bestanddeel in de begripsomschrijving van de strafbare poging opgenomen, hetzij de onvrijwillige niet-voltooiing als grond van straffeloosheid erkend. Blijft dus het misdrijf onvoltooid tengevolge van omstandigheden van 's daders wil afhankelijk, dan is de poging niet strafbaar.

Dit in de leer der poging diep ingrijpende beginsel geeft tot allerlei vragen aanleiding. Aan de beantwoording daarvan werd onlangs in Duitschland eene even breedvoerige als degelijk wetenschappelijke verhandeling gewijd door den jeugdigen, thans reeds ontslapen geleerde Dr. R. Herzog. Zijn werk heet: „Rücktritt vom Versuch und thätige Reue".

De lezing van dit voortreffelijk geschrift wekte in mij het verlangen om — zij het dan ook op minder uitgebreide schaal — in mijn academisch proefschrift dezelfde materie te bewerken voor het Nederlandsche recht.

Zooals uit den titel van het Duitsche werk blijkt, heeft Herzog de leer van den „Rücktritt vom Versuch" vastgeknoopt aan de geheel analoge van de „thätige Reue", d. i. het berouw, dat in sommige, door de wet uitdrukkelijk genoemde gevallen, de strafbaarheid van het *voltooide delict* doet wegvallen. Daar in ons recht eene dergelijke invloedrijke beteekenis aan het berouw

nergens wordt toegekend, mocht ik mij bepalen tot de behandeling van den „Rücktritt vom Versuch".

Om meer dan ééne reden is het onderwerp aantrekkelijk. Vooreerst wel, omdat aan het vraagstuk van het straffeloos terugtreden van de poging, in zijn geheelen omvang, en in al zijne vertakkingen en onderdeelen, tot nu toe — voor zoover ik weet — geene opzettelijke behandeling van de hand eens Nederlandschen schrijvers is ten deel gevallen. Wèl zijn enkele schaarsche, zeer oude, in het Latijn gestelde dissertaties aan te wijzen [2]). Maar daargelaten, dat deze oud en reeds in vergetelheid geraakt zijn en het vraagstuk zelf nieuw blijft, en zich met de verandering der tijden en de wisseling der inzichten telkens verjongt en weer nieuwe vragen voortbrengt, kunnen zij ook daarom bezwaarlijk voor den tegenwoordigen tijd voldoen, omdat zij enkel een onderdeel behandelen, met name de principiëele vraag, of aan vrijwillig terugtreden van de poging straffeloosheid al dan niet behoort verbonden te zijn, en de vele andere, practische en theoretische, betreffende de geschiedenis, de formuleering en den omvang van het beginsel der straffeloosheid en den invloed, welken bij de verschillende vormen van deelneming het vrijwillig

---

[2]) Zie b. v. Hiddema—Jongsma, Disp. in aug. d. q. An delinquendi conatus poena sit afficiendus si delinquens...... a del. cons. et conf...... abstineat. Groningae 1828.

terugtreden van den een uitoefent op de strafbaarheid van den ander, onbesproken laten. Ook is sedert over het leerstuk der poging door verschillende schrijvers een nieuw licht ontstoken, waaronder de oudere het niet hebben beschouwd.

Daarbij komt, dat ons Wetboek van Strafrecht door de verwerping der in de Fransche bepaling over de poging gemaakte onderscheiding tusschen „onvoleindigde" en „voleindigde" poging (delit manqué) eene uit theoretisch oogpunt niet onbelangrijke wijziging in het bestaande recht heeft gebracht, waarmede bij de theoretische beschouwing van de terugtreding moet worden rekening gehouden.

Door vrees, dat het Duitsche werk mijn arbeid wellicht al te gemakkelijk zou maken, behoefde ik mij niet te laten weerhouden. Wel werd mijne taak aanmerkelijk lichter gemaakt; want de bouwstoffen voor een vergelijkend-historisch overzicht vond ik in ruimer mate zelfs, dan voor mijn doel noodig scheen, gereed en bewerkt. Meestal meende ik te mogen bekorten, — en met eene verwijzing naar het Duitsch geschrift te kunnen volstaan; eene enkele maal was wegens verandering van wetgeving wijziging, en alleen voor het Nederlandsche recht uitbreiding noodig.

Ook werd mij door eene litteratuur-opgave, die om hare uitgebreidheid en veelzijdigheid waarlijk verbazend mag heeten, de gelegenheid geschonken om,

zoo dikwijls ik het verlangde, bij de meest lichtgevende bronnen om licht te gaan.

Maar daartegenover stond — en dit vooral trok mij aan — dat ik in alle bescheidenheid meende omtrent menig belangrijk punt eene afwijkende meening te mogen verdedigen. Zoo openbaarde zich reeds verschil van inzicht, waar het betrof de basis aan te geven, waarop het beginsel der straffeloosheid steunt, en als gevolg daarvan ook ten aanzien van het juridisch karakter, dat aan het vrijwillige terugtreden behoort te worden toegekend. Hierdoor alleen reeds mocht ik mij beveiligd rekenen tegen al te slaafsche navolging en gedachtelooze overneming van meeningen.

Daarenboven dwingt het verschil in formuleering tusschen onze wetgeving en de Duitsche door de vraag, of daaruit misschien ook materiëelrechtelijke verschillen voortspruiten, den Nederlandschen schrijver om een zelfstandigen weg te bewandelen.

Niet alleen vragen van loutere theorie, ook andere van uitnemend practisch gewicht eischten beantwoording.

Het leerstuk der poging in het algemeen en niet het minst, als onderdeel daarvan, de terugtreding, is voor den rechter een terrein, dat met voetangels en klemmen als bezaaid is. Zoo hij niet daarin wil vast raken moet hij niet dan met de grootste omzichtigheid en behoedzaamheid voortschrijden. Wien het dus mag gelukken een veiligen weg af te bakenen, die mag zich vleien een verdienstelijk werk te hebben

tot stand gebracht. Aan den rechter is de taak opgedragen om bij elk geval van poging, dat hem ter beoordeeling wordt voorgelegd, te bepalen, of het misdrijf onvrijwillig dan wel vrijwillig onvoltooid is gebleven. Van de nauwgezette beantwoording dezer vraag zal het afhangen, of het vonnis veroordeelend of vrijsprekend zal zijn. In een land, waar als rechtsvoorschrift geldt: „nulla poena sine lege praevia poenali" komt het er voor den rechter des te meer op aan precies te kunnen beoordeelen, wat door de wet verboden en met straf bedreigd is, wat niet. Alleen hij, wiens beoogd misdrijf door van zijn wil onafhankelijke omstandigheden onvoltooid bleef, mag bestraft worden. Waar ligt nu de grens tusschen vrijwillig en onvrijwillig terugtreden? Welke omstandigheden zijn voor de verhindering van het gevolg van beteekenis geweest, welke onverschillig? Welke van deze waren onafhankelijk, welke afhankelijk van 's daders wil? Is het geen bekorende arbeid ernstig te beproeven een bruikbaar richtsnoer ter beantwoording dezer vragen den rechter aan de hand te doen? Een bruikbaar richtsnoer is waarlijk niet gemakkelijk te vinden. Dat tot nu toe geen gevonden, althans niet algemeen als zoodanig erkend is, daarvan legt de jurisprudentie getuigenis af. Deze schijnt meer op de willekeur van weifelend gevoel dan op de vastheid van strenge logica te berusten. Naar mijne bescheiden meening valt het althans zeer moeielijk te ontdekken, waarom in het

eene geval wèl, in het andere nièt de omstandigheid, die de voltooiing verhinderde, gerekend werd afhankelijk te zijn geweest van 's daders wil. Men oordeele. Door den Hoogen Raad werd in zijn Arrest van 17 Juni 1889 beslist, dat de herroeping van eene valsche verklaring vóór den afloop van het verhoor, zij het ook na vermaning door den Voorzitter en een requisitoir tot vervolging van het Openbaar Ministerie, niet is eene van 's daders wil onafhankelijke omstandigheid [3]).

Door de Rechtbank te Amsterdam werd op 2 December 1886 uitgemaakt, dat hij, die aan zekere woning eene door hem geschrevene valsche quitantie aanbiedt, om de daarin uitgedrukte geldsom te ontvangen, maar door eene opmerking van de dienstbode aldaar beangst geworden, weg gaat, zonder de terugkomst der dienstbode, die met de quitantie naar haar meester was gegaan om het geld te halen, af te wachten, niet kan worden geacht in zijn voornemen niet te zijn geslaagd wegens het wantrouwen der dienstbode en alzoo door eene toevallige en van zijn wil onafhankelijke omstandigheid.

Daartegenover staat een uitspraak van de Rechtbank te Zutphen van 21 November 1888, welke bevestigd werd door het Hof te Arnhem en welker cassatie

---

[3]) Zie over dit Arr. L. J. H. Basquin, Voltooiing van valsch getuigenis en uitlokking tot meineed. Acad. proefschrift. Amst. 1890. bl. 13.

door den Hoogen Raad werd verworpen. Deze beslist, dat de omstandigheid, dat de beklaagde, na, met het oogmerk om een ander te dooden, dezen drie sneden met een mes in hals en wang te hebben toegebracht, op het hooren van gedruisch en meenende, dat er volk aankwam, op de vlucht is gegaan, zonder zijn voornemen te voltooien, eene omstandigheid is, onafhankelijk van zijn wil [4]).

Dat er onzekerheid is, kan moeielijk verwondering wekken.

Om een vaster maatstaf te hebben zouden eerst allerlei strijdvragen onherroepelijk in een bepaalden zin moeten zijn beantwoord.

De Hooge Raad besliste in 1873, dat, wanneer „zoodanige omstandigheden reeds de voltooing van het misdrijf hebben belet, de bemoeiingen van den dader zelven ter voorkoming dier voltooiing geen invloed meer kunnen uitoefenen op zijn strafbaarheid voor poging [5]).

Maar hoe is het uit te maken, of reeds vóór de wilsverandering des daders zoodanige omstandigheden de voltooiing van het misdrijf hebben belet? Hoe zal bijvoorbeeld geoordeeld moeten worden, wanneer de dader, die eene klaarblijkelijk te geringe hoeveelheid vergif aan

[4]) Arr. H. R. 17 Juni 1839. W. 5742. Rb. Amst. 2 Dec. 1886. W. 5423. Zie over de de uitspraak van de Zutphensche Rechtbank T. v. S. III 473.

[5]) Aangehaald bij Schooneveld, ad. art. 2 C. P.

zijn slachtoffer heeft toegediend, dadelijk door het geven van een tegengift blijk geeft, dat hij van zijn voornemen om te dooden heeft afgezien? Was hier de van 's daders wil onafhankelijke omstandigheid, dat de hoeveelheid vergif te gering was, niet anterieur aan de van zijn wil afhankelijke daad, dat tegengif werd toegediend? Nog moeielijker is het te beslissen, wanneer een zeker hoeveelheid vergif wèl, wanneer nièt den dood van een bepaalden persoon zou hebben veroorzaakt. Of zeker feit zeker gevolg zou hebben voortgebracht, wanneer een zekere omstandigheid niet was tusschenbeide gekomen, kan alleen als waarschijnlijk, nooit als zeker beweerd worden. Immers van een oorzakelijk verband kan men eerst dan met zekerheid spreken, wanneer het gevolg werkelijk is voortgebracht. Toch wil de wet, die voor de strafbaarheid der poging verhindering van het gevolg door eene bepaalde soort van onstandigheden vordert, dat de rechter de vraag over de causaliteit beantwoorde.

Hoe zal hij voor de juistheid zijner beslissing den hoogsten graad van waarschijnlijkheid kunnen bereiken? Bij het zoeken van een antwoord op deze vraag komt men met de strijdvragen over den grondslag van de strafbaarheid der poging, over de grenzen tusschen onvoleindigde en voleindigde poging, over de ondeugdelijke poging, over causaliteit en wil, herhaaldelijk in aanraking. Een afdoend en in alle opzichten bevredi-

gend antwoord te willen vinden, zou alleen reeds daarom dwaasheid zijn!

Toch had ik gaarne een ernstige poging gedaan om mij zelven een weg te zoeken door den doolhof!

Mijn plan had ik aldus verdeeld. Na in een eerste hoofdstuk een overzicht gegeven te hebben van hetgeen de voornaamste vroegere en bestaande wetgevingen op dit stuk behelzen, zou ik trachten in het volgende de vraag te beantwoorden, welke de grondslag van het beginsel der straffeloosheid is, en daarbij eene beoordeeling van de verschillende daaromtrent verdedigde theorieën aan de mededeeling van eigen inzicht doen vooraf gaan. In het derde hoofdstuk wenschte ik het verschil te behandelen, dat zich ten aanzien van de formuleering van het beginsel tusschen onze wetgeving en de Duitsche openbaart; terwijl eindelijk de twee laatste zouden gewijd zijn aan de verklaring van ons positieve recht. Eerst zou ik pogen de grenzen af te bakenen tusschen de vrijwillige en de onvrijwillige niet-voltooiing, om vervolgens den invloed in het licht te stellen, welken het beginsel bij deelneming doet gelden.

Tot mijn groot leedwezen ben ik door redenen van gezondheid gedwongen om de uitwerking van dit *geheele* plan voorloopig te laten rusten, en heb mij moeten bepalen tot de behandeling der twee eerste hoofdstukken.

Zeer hoop ik de gelegenheid te hebben de behande-

ling der andere onderdeelen later aan een tijdschrift-redactie te kunnen aanbieden. Niet dan met tegenzin heb ik mij aan de noodzakelijkheid, om mijn arbeid te staken, onderworpen.

In verband hiermede heb ik tot opschrift dezer dissertatie gekozen: „*Iets over* het vrijwillig terugtreden bij poging", terwijl het eigenlijk had moeten heeten: „*Het* vrijwillig terugtreden".

HOOFDSTUK I.

Historisch-vergelijkend overzicht.

Of het *Romeinsche Recht* het beginsel der straffeloosheid van vrijwillig niet-voltooid misdrijf heeft gehuldigd, hetzij algemeen, hetzij bij uitzondering, is eene zeer oude strijdvraag.

Sommigen gaan zoover om te beweren, dat straffeloos terugtreden van de poging bij de Romeinen onmogelijk was, omdat zij de poging als zoodanig in het geheel niet kenden [1]. Terecht is daartegen aangevoerd, dat het niet aankomt op den naam „poging" maar op het materieele begrip [2]. Bij de Romeinen werden verschillende handelingen, die wij als „pogingshandelingen" zouden bestempelen, met straf bedreigd. Zoo nu daarbij ook bepaald werd, dat de dader, straffeloos zou zijn zoo dikwijls hij het vrijwillig niet

[1]. Zoo Zachariä, Versuch II, p. 271. Luden, Handbuch, p. 418 Anm. 2. Hälschner, System I, p. 201. Temme, Lehrbuch, p. 124. Anm. 2.

[2]. Zie uitvoeriger R. Herzog, Rücktritt vom Versuch und thätige Reue, p. 13.

zoover liet komen, dat de delictsschade intrad, dan werd daarmede ook materiëel het bedoelde beginsel erkend.

Bijna algemeen wordt aangenomen, dat de Romeinen zoo niet in het algemeen, dan toch stellig in sommige gevallen bij onvoltooid delict (bedoeld in materiëelen zin, d. i. zoolang de delictsschade nog niet is ingetreden) aan de „poenitentia" straffeloosheid verbonden [3]. Enkele plaatsen spreken het duidelijk genoeg uit. Zoo Paul. Sent. lib. V. tit. 23 § 3:

Qui, cum vellet occidere, id *casu aliquo* perpetrare non potuerit, ut homicida punietur.

En daar het uit deze plaats slechts argumento a contrario kan afgeleid worden, duidelijker nog in een uitspraak van denzelfden Paulus, L 19. pr. D. L. Corn. d. fals. (48.10):

Qui falsam monetam percusserint, si id totum formare *noluerunt*, suffragio justae poenitentiae absolvuntur.

In het *Kanonieke Recht* bekleedt de „poenitentia" eene zeer belangrijke plaats. Zij beteekent daar eene gesteldheid van het gemoed, oprecht leedwezen, waar berouw over het gebeurde. Gold eenerzijds het delict reeds als voltooid, zoodra de misdadige wil zich had geopenbaard, anderzijds wischte werkelijk berouw de schuld des daders weer uit.

---

[3]. Herzog, l. c. p. 13 vlgg. tracht door aanhaling van tal van plaatsen uitvoerig te betoogen, dat de Romeinen het beginsel algemeen huldigden. Zie aldaar ook de schrijvers voor en tegen aangehaald.

Guilielmus Durantis, bijgenaamd de „Speculator" meent, dat de misdadiger, wanneer hij reeds tot een vlekkeloozen levenswandel is teruggekeerd, noch aangeklaagd noch gestraft kan worden.

De *glossatoren* en *postglossatoren* maakten onderscheid tusschen de „poenitentia ante delictum perfectum et consummatum" en die „post delictum consummatum." Wat de eerste betreft, deze werd verder onderscheiden, al naar gelang de dader over zijne „cogitatio" berouw gevoelde, en het dus niet tot uiterlijke daden had laten komen, of wel reeds tot de laatste beslissende handeling gekomen was. Bij de laatste werd onderscheid gemaakt naarmate de zaken al of niet „in pristinum statum" konden worden teruggebracht.

De beroemde Glossa op het Corpus Juris Civilis houdt zich meermalen met de poenitentia bezig. Eene dier plaatsen — eene aanteekening op de Lex „Qui ea mente" — schrijf ik hier af:

Ultimo distingue circa poenitentiam: quia aut in contractibus, aut in delictis.... in delictis si quidem statum est in finibus voluntatis, et non est processum ultra: licet poenitere et sic poenam evitare, ut J. de poe. l. cogitationis. Si processum est ad actum: si quidem consummatum est et perfectum non potest postea poenitere ut evitet poenam. Si autum ad actum non consummatum nec perfectum: *si quidem*

---

[1]). Zie uitvoeriger R. Herzog l. c. p. 23 vlgg„ waar ook het onderscheid tusschen de Rom. en de Kan. poenitentia duidelijk wordt geformuleerd.

quia voluit, sed potuit: licet poenitere et non incidit in poenam: ut j. ad l. Corn. de fals. l. qui falsam. Nisi in casu: ut C. ad Jul. maj. l. quisquis. Si vero *quia non potuit*, nihilominus teretur: ut j. ad l. Pop. de parr. l. l. j. in fi.

Hieruit en ook uit plaatsen van de Glossa op het Corpus Juris Canonici blijkt, dat bij vrijwillig terugtreden van de poging straffeloosheid werd aangenomen. Enkele uitzonderingen werden uitdrukkelijk erkend. Als zoodanig noemt Henricus de Segusio in de „Summa decretal" Tit. de poenis. § Quae quibus et per quem Nr. 9 poging tot zelfmoord en poging tot schending van een asyl.

Odofredus († 1265) maakt in zijn Commentaar op den Codex ad const. 5 de episc. et cler. (1,3) de volgende onderscheidingen:

1) aut aliquis cogitat delinquere, et agit et perficit.
2) aut quis cogitat delinquere, nec agit nec perficit,
3) aut agit et perficit, sed non cogitat delinquere (quod casu et furore delinquit),
4) aut nec cogitat nec agit nec perficit.
5) *cogitat et agit sed non perficit.*

In het laatste geval wordt weer onderscheiden tusschen vrijwillige staking en toevallige verhindering. Behalve bij lichtere vergrijpen neemt hij bij toevallige verhindering strafbaarheid aan; „in Bezug auf blosse cogitatio und *freiwillig aufgegebenen Versuch*

schliesst er sich ganz an seine Vorgänger an," zegt SEEGER [5]).

Aan ODOFREDUS sluiten zich aan GUIDO DE BAISIO, ALBERTUS GANDINUS en JACOBUS DE ARENA, welke laatste echter als uitzondering opgeeft de gevallen van majesteitsschennis, schending van het asylrecht en dat der Lex „Si quis non dicam rapere [6])."

Ook JACOBUS DE RAVANIS († 1296) en zijne onmiddellijke opvolgers staan op dezelfde basis als ODOFREDUS [7]).

ANDREAE († 1348) en ANGELUS ARETINUS († 1451) worden — ten onrechte volgens HERZOG [8]) — gerekend zich tegen de straffeloosheid te hebben uitgesproken.

Ook de *Italiaansche criminialisten* van de 16de eeuw, aan wie vooral de verdienste toekomt, de poging tot algemeen begrip te hebben ontwikkeld [9]), nemen voor het meerendeel straffeloosheid aan. JULIUS CLARUS echter wijkt van de „communis opinio" af door zich voor strafverzachting uit te spreken. In § fi. lib. V. 9 LX. n. 1. 7. vers fui quandoque interrogatus, numquid in delictis poenitentia excuset? luidt het Resp. als volgt:

---

[5]). Zie Seeger, Ausbildung der Lehre vom Versuch in der Wissenschaft des Mittelalters, p. 13—14.

[6]). Zie Seeger, l. c. p. 14—15.

[7]). Zie verder over Baldus (1327—1400), Bartholomeus de Saliceto (1400), Felinus Sandeus (1444—1503), Herzog l. c. p. 30.

[8]). l. c. p. 30. Ten onrechte beroept zich volgens hem Julius Clarus op het gezag van Andreae, waar hij verklaart, dat alleen strafverzachting behoort in te treden.

[9]). Zie von Liszt, Lehrbuch, 3 Aufl. p. 190.

„Aut loquimur in (Poenitentia) *post delictum commissum* et ista non excusat, quin possit accusari [10]). . .

. . . . sed neque ad evitandam poenam reperio, quod P. in aliquo prosit, praeterquam in crimine haeresis. . . . "

„Aut loquimur in P. *ante patratum delictum*, et tunc est distinguendum, nam si quidem poenituit quia facere non potuit, non excusatur, sed punitur ac si perfecisset; sivero poenituit *quia non voluit*, *tunc non in totum excusatur sed mitius punitur*. Et haec est doctrina Jo. Andreae in C cum laici de jure patron, ad quam omnes recurrunt [11]) ut dicit Aug. ad Ang."

Farinacius (1544—1618) wil straffeloosheid alleen in geval van „poenitentia" in den zin van het Kanonieke recht; wanneer daarentegen de dader „propter aliquem timorem sive rumorem" verhinderd wordt, neemt hij aanspraak op strafverzachting aan [12]).

Over de *volksrechten* zegt R. Herzog [13]): „Die Lehre vom Versuche nach den Volksrechten ist noch zu wenig klargelegt, als dass sich hier bei der Mangelhaftigkeit der Vorarbeiten zu haltbaren Resultaten kommen liesse. Soviel ist aber wenigstens gewiss, dass die Leges Romanae Barbarorum auch in dieser Beziehung wesentlich Römischen Charakter hatten — und so darf man für diese wohl mit Sicherheit bei justa poenitentia Straflosigkeit annehmen."

[10]). Zie hetgeen hierboven over Guilielmus Durantis is gezegd. p. 17.

[11]). Vgl. noot 8 p.

[12]). Zie uitvoerig R. Herzog, l. c. p. 37 vlgg.

[13]). l. c p. 43.

In de *Germaansche rechtsbronnen* wordt de poging. voorzooverre zij strafbaar is, met eene geringere straf bedreigd, dan het voltooide delict. Daar de straf het karakter droeg van eene boete, aan den aangerande te voldoen, is het niet waarschijnlijk, dat daarvan bij vrijwillige terugtreding werd afgezien. Trouwens van terugtreding schijnt nergens melding gemaakt te worden [14]).

Toen in het tijdperk der Carolingers de straf een ander karakter had gekegen, en men niet zoozeer den gekrenkte wilde schadeloosstellen als wel de gestoorde rechtsorde herstellen, moest ook omtrent de poging eene andere opvatting geboren worden [15]).

Men nam het Romeinsche Recht tot model. Het blijkt duidelijk uit een Capitulare Caroli M. dat eene haast woordelijke navolging van de reeds geciteerde plaats uit Paul. Sent. bevat:

Qui cum hominem voluntarie occidere voluerit et perpetrare *non potuerit*, ut homicida punietur.

Indirect is hiermede het beginsel der straffeloosheid van vrijwillig niet-voltooid misdrijf erkend.

In Duitschland werd gedurende de 16de eeuw zoowel litteratuur als wetgeving beheerscht door den invloed van de wetenschap der Italiaansche criminalisten [16]).

---

[14]). Zie Herzog l. c. p. 43.

[15]). l. c.

[16]). Zie van Hamel, Inleiding tot de studie v/h. Ned. Strafr. Deel I, 1ste stuk, p. 47.

Klagspiegel, Bambergensis en Constitutio Criminalis Carolina huldigden de straffeloosheid. De laatste „Keyser Karels des fünfften und des heiligen Römischen Reichs peinlich Gerichtsordnung," die als gemeen recht in enkele Duitsche staten heeft nagewerkt tot op de invoering van het Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich van 15 Mei 1871 [17]), bevatte over de poging de volgende bepaling: Straffunderstandner Missethat. CLXXVII. Item so sich jemandt eyner missethat mit etlichen scheinlichen wercken, die zur volnbringung dienstlich seyn mögen, understeht, und doch an volnbringung der selben missethat durch andere mittel, *wider seinen willen* verhindert würde, solcher böser will, daraus etlich werck, als obsteht volgen, ist peinlich zu straffen. .....

Over de uitlegging van art. 178 C. C. C. bestaat groot verschil van meening. Terwijl sommigen de bepaling enuntiatief opvatten en omtrent de al of niet strafbaarheid van het *vrijwillig* niet-voltooide misdrijf door haar niets beslist achten, meenen anderen op grond harer wordingsgeschiedenis vooral, waaruit zou blijken, dat zij de toenmaals in Duitschland reeds bekende Italiaansche leer over de strafbare poging heeft willen weergeven, dat zij als dispositief bedoeld, het beginsel der straffeloosheid middellijk huldigt. [18]).

---

[17]). Zoo in de Groothertogdommen Mecklenburg-Schwerin en Mecklenburg-Strelitz.

[18]). Zie Herzog l. c. p. 46 en 56.

Over het gezag der Carolina in onze gewesten zegt Mr. van Hamel het volgende: „De vraag of deze „voor 's Keizers Duitsche staten bestemde en geldende „verordening in ons vaderland rechtstreeksch gezag „heeft gehad, was in het laatst der vorige eeuw een „strijdvraag; met name voor de provincie Holland.

„Vrij algemeen wordt echter aangenomen, dat hare „invoering noch plaats gevonden heeft, noch ook „beproefd is. Niettemin heeft zij invloed gehad, deels „omdat sommige rechtscolleges haar gezag aannamen, „deels omdat eenige der criminalisten van de 18de eeuw, „die haar tot grondslag namen van hunne beschouwingen „ook hier te lande bij de rechtspraak gezag hadden" [19]).

Daar nu de gezaghebbende schrijvers het onderling over de beteekenis van art. 178 C. C. C. niet eens zijn, en de Crimineele Ordonnantiën van 1570 van Philips II, daargelaten de vraag, in hoeverre zij voor deze gewesten verbindende kracht gehad hebben [20]), toch over de poging geene bijzondere bepaling behelsden, is het moeielijk uit te maken, wat op dit punt vóór het tijdperk der algemeene codificaties ten onzent rechtens is geweest. Dat het Romeinsche recht, waar de straffeloosheid bij vrijwillig terugtreden althans bekend

[19]). Van Hamel l. c. p. 48.

[20]). Dit is eene strijdvraag. Zij werden door den Koning als heer der Nederlanden en voor deze vastgesteld, en zijn in sommige provinciën, met name Holland en Gelderland afgekondigd. Door de pacificatie van Gent (art. 5) zijn ze gesuspendeerd, volgens sommigen in haar geheel, volgens anderen alleen ten aanzien van de bepalingen over ketterij, en de Unie van Utrecht is op dit besluit niet teruggekomen. Zie v. Hamel l. c. p. 49, benevens de daar in een noot opgegeven litteratuur.

was, ook bij ons als aanvullend recht dienst deed en dat vele onzer jongelieden zich aan de Italiaansche rechtsscholen met de Italiaansche wetenschap, die de straffeloosheid aannam, plachten te voeden, zijn feiten, die doen vermoeden, dat ook hier het beginsel van straffeloosheid werd gehuldigd. CARPSOVIUS (1529—1600) VIGELIUS (1529—1600), ANTHONIUS MATTHAEUS (1601—1654), en OOK GROTIUS schijnen zich ten gunste van het beginsel te hebben uitgesproken.

Tegenover hen staan DAMHOUDER (1507—1581), die oplegging van extra-ordinaire straffen wil, en BERLICH, die zachtere bestraffing bij vrijwillig terugtreden tot „communis opinio" verklaart.

Ook latere schrijvers, zooals BÖHMER (1770) en QUISTORP (1789), wier geschriften ook hier te lande als gezaghebbend golden verklaren zich enkel voor strafverzachting. [21]).

Hiermede hangt samen dat het Ontwerp van 1804, dat immers een nationaal werk was en waarvan de stellers zich in hoofdzaak hadden gehouden aan de opvattingen, die in den laatsten tijd in deze landen hadden geheerscht, alleen strafverzachting kende.

Zoo zijn wij genaderd tot het tijdvak der codificatie, en zullen thans achtereenvolgens de regeling van ons onderwerp in de voornaamste wetgevingen van Europa beschouwen.

---

[21]). Uitvoeriger over de meeningen der hier genoemde en andere schrijvers R. Herzog l. c. p. 48 vlgg.

Frankrijk. De invloed van het Romeinsch recht en van de Italiaansche jurisprudentie had zich, gelijk overal elders, ook in *Frankrijk* doen gevoelen. Naar het Fransche gewoonterecht werd de poging met dezelfde straf als het voltooide dilect bedreigd bij de crimina atrociora; bij kleinere vergrijpen met eene lichtere.

Voor ons is van belang, dat de *uit berouw* verlaten poging straffeloos bleef, in aansluiting met de interpretatie van l. 14 D. ed leg. Corn. de sic. (48.8).... in malificiis *voluntas* spectatur, non exitus. LELIÈVRE zegt hierover: „Qui autem consilium cum aliis inierat „de homine interficiendo, postea poenitentia ductus, „propria et libera sua voluntate a delicti executione „recessit, impunis dimittebatur [22]."

De wetgever der revolutie, die een einde wilde maken aan het gewoonterecht en de daarmede samenhangende arbitraire rechtspraak door er geschreven recht met bij uitsluiting geldende kracht voor in de plaats te stellen, liep allen moeielijkheden bij de regeling der poging eenvoudig uit den weg, door in den Code van 1791 geene bijzondere bepaling over de poging op te nemen. Daarmede was de poging in beginsel straffeloos verklaard. Alleen bij moord [23]) en bij giftmenging [24]) werd zij in overeenstemming met het

---

[22]). Lelièvre, de con. del. 1829 I c. IV. De conatu ex jur franco-Gallico ab antiquioribus temporibus usque ad Codicem ann 1791, p. 162.

[23]). Code 1791, part. II, tit. 2, sect. I, art. 13.

[24]). Code 1791, part. II, tit. 2, sect. I, art. 15.

oude recht even zwaar als het voltooide dilect gestraft.

Bij de laatste werd ingeval van vrijwillig terugtreden vóór ontdekking, uitdrukkelijk straffeloosheid verzekerd (l'accusé sera acquitté). [25])

Zoo kon het echter niet blijven. Door de wet van 22 Prair an. IV. werd dan ook de poging tot misdrijf — manifestée par des actes extérieurs et suivie d'un commencement d'exécution — algemeen strafbaar verklaard, maar alleen dan, „si elle n'a été suspendue que par des circonstances fortuites, indépendantes de la volonté du prévenu." Deze bepaling ging zonder noemenswaardige verandering over in den Code Pénal van 1810 [26]).

Oostenrijk-Hongarije. Noch naar haren inhoud, noch naar haren vorm was zij van Franschen oorsprong. Reeds in de Josephina van 1787 was hetzelfde beginsel op dezelfde wijze geformuleerd.

Terwijl de Const. Crim. Theresiana van 1768 het nog geheel aan 's rechters oordeel overliet, om bij vrijwillig terugtreden, „wenn es nur um ein *geringes* Verbrechen zu thun, und der Anmasser *frühzeitig* von seinem Vorhaben abgestanden wäre" òf in het

---

[25]). Code 1791, part. II, tit. 2, sect. I, art. 16.

[26]). „Du prévenu" werd veranderd in „de l'auteur."

In den Code van 1832 luidt het art. in zijn geheel: „Toute tentative de crime, qui aura été manifestée par un commencement d'éxécution, si elle n'a té suspendue, ou si elle n'a manqué son effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur, est considérée comme le crime même.

geheel niet òf lichter te bestraffen [27]), zegt de Josephina in § 9 Cap. I, Teil I.": „Obschon der Gedanke und ein inneres böses Vorhaben allein noch kein Kriminalverbrechen sind; so ist doch zum Verbrechen auch nicht nötig, dass die Uebelthat wirklich ausgeführet werde. Schon der Versuch der Uebelthat ist ein Kriminalverbrechen, sobald der Bösgesinnte zur wirklichen Ausübung derselber sich angeschicket, und sein Vorhaben durch äusserliche Kennzeichen, und eine Handlung offenbaret hat, *die That aber in der Folge nur aus Unvermögenheit, aus dazwischen tretenden fremden Hindernisse, oder aus Zufall nicht vollbracht worden ist* [28]). Evenals in het Fransche recht maakt ook hier de onvrijwillige niet-voltooing deel uit van de begripsomschrijving der strafbare poging. In het „Strafgesetzbuch über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen für das Kaisertum Oesterreich" van 27 Mei 1852, dat op den 1sten September van hetzelfde jaar in werking getreden is, wordt dezelfde bepaling in eene eenigszins verbeterde redactie teruggevonden [29]). Hongarije, dat sedert 1 September 1880 onder eene eigen strafwetgeving leeft, regelt het onderwerp op het voetspoor van het „Strafgesetzbuch

---

[27]). Art. XIII § 2.

[28]). De bepaling ging in het Fransch vertaald over in het Réglement provisionnel pour la procédure criminelle des Pays-Bas Autrichiens, Bruxelles 1787. Van hieruit of direct uit Oostenrijk werd de bepaling in Frankrijk geïmporteerd.

[29]). § 8, Abs. 1.

für des Deutsche Reich," dat later ter sprake zal komen [30]).

Duitschland. Op een geheel ander standpunt staat het Algemeene Landrecht voor Pruisen van 1797. Daar werd aan hem, die vrijwillig van de voltooiing van een aangevangen misdrijf had afgezien, *aanspraak op gratie* toegekend. § 43. Tit 20. Teil II luidt: Wer aus eigener Bewegung von der Ausführung des Verbrechens absteht und dabei solche Anstalten trifft, dass die gesetzwidrige Wirkung gar nicht erfolgen kann; ingleichen der, welcher durch zeitige Entdeckung der Mitschuldigen und ihres Vorhabens, die Ausführung dessen hintertreibt, *kann auf Begnadigung Anspruch machen.*

Het „Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten" van 14 April 1851 volgde bijna woordelijk de Fransche (eigenlijk oorspronkelijk Duitsche) redactie [31]). Daarentegen week het strafwetboek van den Noord-Duitschen Bond, ofschoon een eerste ontwerp de oude redactie handhaafde, daarvan af en stelde de vrijwillige niet-voltooiing bij wijze van uitzondering als grond van straffeloosheid [32]). FEUERBACH behoorde tot hen, die een dispositieve beteekenis van art. 178 C. C. C. met klem verdedigden. Zelf was hij op grond van crimineel-politische overwegingen een overtuigd voorstander

---

[30]). Ungar. St. G. B. § 67.

[31]). § 31.

[32]). § 46.

van de straffeloosheid van het vrijwillig niet-voltooid misdrijf. Toen hij in plaats van KLEINSCHROD belast werd met de samenstelling van een Ontwerp Strafwetboek voor Beieren, nam hij het beginsel der Carolina daarin op, doch in een anderen vorm: de straffeloosheid van den vrijwillig teruggetredene werd bij afzonderlijke bepaling erkend. Zijn Ontwerp werd de Wet van 16 Mei 1813, waarvan art. 58 luidt: „Der Versuch ist von aller Strafe frei, wenn der Handlende an der Vollbringung nicht durch äussere Hindernisse, durch Unvermögenheit oder Zufall verhindert wurde, sondern freiwillig, aus Gewissenregung, Mitleid oder aus Furcht vor Strafe von dem Unternehmen abgestanden ist; welches Letztere jedoch nicht vermutet wird. [33]) Het Wetboek van 10 Nov. 1861 had weer de Fransche redactie. [34])

Pruisen als vertegenwoordiger van de Noord-Duitsche en Beieren als vertegenwoordiger der Zuid-Duitsche Staten, heb ik naast elkaar en uitvoeriger behandeld, zoowel om de eigenaardige afwijkende regeling van het Pruisisch Landrecht, als omdat de Beiersche wet van 1813 aan vele andere tot model heeft gestrekt.

Thans volge een beknopt overzicht der andere bijzondere uitgevingen: *Württemberg* 1839, *Oldenburg* 1858 en *Hamburg* 1869 hadden eene gelijkluidende bepaling als het Beiersche Wetboek van 1813.

[33]). De bepaling der laatste zinsnede werd herhaaldelijk hevig bestreden. Bij de wet van 29 Aug. 48 werd zij vervallen verklaard.

[34]). Art 47.

Daarentegen werd de Oostenrijksch-Fransche redactie overgenomen, behalve door de reeds genoemden, door *Mecklenburg-Schwerin* 1839 (Wet op den diefstal), *Württemberg* 1849, *Thüringen* [35]) (dat echter de vrijwillig afgebroken „*voleindigde*” poging strafbaar stelde) en *Lübeck* 1863.

De volgende wetgevingen beperkten de straffeloosheid uitdrukkelijk tot de „*niet-voleindigde*” poging: *Brunswijk* 1840, *Hannover* 1840, *Hessen* 1841, *Baden* 1845, *Nassau* 1849, *Saksen* 1855 en 1868, *Thüringen* 1850.

Eene geheel bijzondere plaats wordt ingenomen door het Saksische Wetboek van 1838, dat de straffeloosheid in het geheel niet erkent. De desbetreffende bepaling moge hier volgen: Art. 28. Ein Verbrecher, der von einem bereits begonnenen verbrecherischen Unternehmen, ohne durch äussere Umstände gehindert worden zu sein, wieder absteht, ist höchtstens mit einjähriger Arbeitshausstrafe zu belegen, insofern nicht dasjenige, was er zu der Ausführung des Verbrechens schon gethan hat, an und für sich eine verbrecherische Handlung in sich begreift und als solche eine grössere Strafe nach zich zieht [36]).

---

[35]). Het Thüringsche Wetb. werd 20 Maart 1850 ingevoerd in het Gr. Hertogdom Saksen-Weimar-Eisenach, 21 Juni 1850 in het Hertogdom Saksen-Meiningen; 19 Nov. 1850 en 23 Dec. 1850 in het Hertogdom Saksen-Coburg-Gotha, en nog in enkele andere kleine Staten.

[36]). Het Saks. St. Wb. van '38 werd met slechts weinig wijzigingen ingevoerd op 5 April '39 in het Groot-Hertogdom Saksen-Weimar-Eisenach, 3 Mei 1841 in het Hertogdom Sk.-Altenburg, waar het stand hield tot 1 Jan '71; 1 Aug. 1844 in het Hertogdom Saksen-Meiningen; 10 Mei 1845 in het Vorstendom Schwarzburg-Sondershausen.

De Oostenrijksch-Fransche redactie was de overheerschende. Alleen Brunswijk, Hessen, Saksen, Oldenburg, Hamburg van de Noord-Duitsche en Baden van de Zuid-Duitsche Staten hadden nog bij de invoering van het Str.-G.-B.- f. d. Deutsche Reich de oude Beiersche redactie. Toch werd zij hierin om vermeende redenen van processueele practicabiliteit overgenomen. Nadat in § 43 de poging in het algemeen strafbaar is gesteld, zegt § 46: Der Versuch als solcher bleibt straflos, wenn der Thäter die Ausführung der beabsichtigten Handlung aufgegeben hat, ohne dass er an dieser Ausführung durch Umstände gehindert worden ist, welche von seinem Willen unabhängig waren, oder, zu einer Zeit, zu welcher die Handlung noch nicht entdeckt war, den Eintritt des zur Vollendung des Verbrechens oder Vergehens gehörigen Erfolges durch eigene Thätigkeit abgewendet hat.

Sedert 15 Mei 1871 geldt dus voor geheel Duitschland, dat vrijwillig terugtreden des daders, zoowel bij voleindigde als bij niet-voleindigde poging, straffeloosheid ten gevolge heeft.

Zwitsersche Bondsstaten. Het Bundesgesetz über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft van 4 Hornung 1853 behelst eene menigte bepalingen, binnen welker grenzen de cantonnale wetgevingen zich zullen hebben te bewegen.

Volgens art. 16 mag, wanneer „von der verbreche-

rischen Handlung abgelassen worden ist" òf de straf verzacht worden òf zelfs straffeloosheid intreden.

Zien wij thans, op welke wijze de Cantons van de hun gegeven vrijheid gebruik gemaakt hebben. Alleen de wetgevingen van *Appenzell A.Rh.*, 28 April 1878, *Schaffhausen* 3 April 1859 [37]), *Zürich* 24 Oct 1870 [38]), nemen geen absolute straffeloo.heid aan. Daarentegen nemen *Aargau* Hornung 1857, *Bern* 30 Jan. 1866, *Fribourg* 20 Sept. 1873, *Genève* 21 Oct. 1874, *Neuchâtel* 2 Dec. 1855 en *Vaud* 18 Febr. 1843 de onvrijwillige niet-voltooiing in de begripsomschrijving der strafbare poging op, terwijl dan nog de meesten uitdrukkelijk de straffeloosheid uitspreken van hem, die vrijwillig van de voltooiing heeft afgezien, voor zooverre het gepleegde niet reeds een zelfstandig delict oplevert.

De redactie van het Duitsche Strafwetboek wordt gevonden in de wetgevingen der cantons: *Basel-Landschaft* 3 Febr. 1873, *Basel-Stadt* 17 Juni 1872, *Glarus* 1887, *Graubünden* 8 Juli 1851, *Luzern* 28 Jan. 1861, *St. Gallen* 25 Nov. 1885, *Schwijz*, 20 Mei 1881, *Thürgau* 15 Juni 1841 en *Obwalden* 1864, welke alle de straffeloosheid uitdrukkelijk beperken tot de

---

[37]). § 83 art. 2 luidt: Je mehr der Verbrecher durch bessere Ueberzeugung nicht durch äusseres Hinderniss oder Zufall geleitet wurde, und je früher er von der verbrecherischen Handlung abgelassen hat, desto mehr mag die Strafe gemindert werden.

[38]). § 36. Ist der Thäter aus eigenem Antriebe und nicht in Folge äusserer, von seinen Willen unabhängiger Umstände von einem angefangenen Verbrechen abgestanden, so soll in der Regel gänzlich Straflosigkeit eintreten.

gevallen, waarin niet reeds een zg. „gequalificeerde poging", gepleegd is.

Italië. Het Italiaansche Strafwetboek van 30 Juni 1889 luidt, naar de Fransche vertaling van JULES LACOINTA (Paris 1890), aldus:

a. 61. Celui qui dans le but de commettre un délit, en commence avec des moyens idoines l'exécution, mais, par suite de circonstances indépendantes de sa volonté, n'accomplit pas tout ce qui est nécessaire à la consommation du délit, est puni de la reclusion pour dix ans au moins, si la peine édictée relativement à ce délit est l'ergastolo, et, dans les autres cas, de la peine établie quant au délit, avec diminution de la moitié aux deux tiers.

S'il s'est volontairement abstenu des actes d'exécution du délit, il encourt seulement la peine édictée à raison du fait accompli, si ce fait constitue par lui-même une infraction.

a. 62. Celui qui dans le but de commettre un délit, accomplit tout ce qui est nécessaire à sa consommation, si le délit n'en résulte point, par suite de circonstances indépendantes de sa volonté, est puni de la reclusion pour vingt ans au moins, si la peine édictée à raison de ce délit est l'ergastolo et, dans les autres cas, de la peine établie relativement au délit, avec diminution d'un sixième à un tiers.

Spanje, *Portugal en Staten van Zuid-Amerika*. Ook in *Spanje* en *Portugal* en in de meeste *Staten van*

Zuid-Amerika wordt straffeloosheid verzekerd aan den vrijwilllig teruggetreden dader. [39]).

België. De Code Pénal Belge van 1867 heeft in art. 51 eene bepaling, die grootendeels overeenstemt met art. 2 C. P.: Il y a tentative punissable, lorsque la résolution de commetre un crime ou un délit a été manifestée par des actes extérieurs de ce crime ou de ce délit, et qui n'ont été suspendus ou n'ont manqué leur effet que par des circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur.

Engeland en *Noord-Amerika.* Alvorens tot besluit een blik te werpen op vroegere en bestaande regelingen van ons onderwerp in het Nederlandsche recht, moet ik nog gedurende eenige oogenblikken de aandacht vragen voor Engeland en Noord-Amerika. Daar neemt men, afwijkende van wat men tegenwoordig zonder overdrijving „wereldrecht" mag noemen, in het algemeen aan, dat het voor de strafbaarheid der poging niets ter zake doet, of het misdrijf tengevolge van toevallige omstandigheden, dan wel door 's daders vrijwillig toedoen onvoltooid gebleven is.

De gelijkstelling der beide gevallen schijnt te berusten op een uitspraak van Coke: „Quando aliquid prohibetur, prohibetur et omne quod devenitur ad illud."

De „Criminal Code" (Indictable Offences) Bill van

---

[39]). Zie de betrekkelijke wetsartikelen aangehaald bij R. Herzog, l. c p 136 vlgg.

1878 [41 Victoria] bevat in Section 32. „Attemps to commit offences" de volgende bepaling:

An attempt to commit an offence is an act done with intent to commit that offence, forming part of a series of acts, which would have constituted its actual commission, if that series of acts had not been interrupted *either by the voluntary determination of the offender*, *not to complete* the commission of the offence, or by other causes.

Wat het geldende recht betreft, in het beroemde werk van Sir James Fitzjames Stephen, K. C. S. J, Q. C. „A Digest of Criminal Law" [40]) lees ik p. 30. „The „offence of attempting to commit a crime may be com- „mitted in cases in which the offender *voluntarily* „*desists* from the actual commission of the crime itself."

Dezelfde schrijver zegt in zijn „History of the criminal law in England":

„It is not easy to say upon grounds of expediency „whether it is or not wise to lay down the rule that „an attempt from which a man voluntarily desists, is „no crime. It would be dangerous to lay down such a „rule universally [41])".

Ook Shirley verwerpt de onderscheiding: „A man may be convicted of an attempt, *although he voluntarily desisted from the completion of the crime.*" [42]).

---

[40]) London. Macmillan and Co. 1877.

[41]). Vol. II p. 226.

[42]). Zie W. Shirley, M. A. A. Sketch of the Criminal Law. London 1880 p. 3

Voor Noord-Amerika wijs ik op de getuigenissen van John May en Harris –Force. De eerste definieert de poging dus: „an act which, should the crime be perpetrated, would constitute part and parcel of the transaction, but which does not reach to the accomplishment of the original intent, because it is prevented, or *voluntarily abandoned*" [43]). De anderen zeggen, na over het begrip, poging tot misdrijf gesproken te hebben: „It may be noticed that this consummation is prevented sometimes *by the penitence of party* sometimes by extrinsic causes" [44]).

Nederland. Hierboven had ik reeds gelegenheid met een enkel woord op te merken, dat ons Ontwerp van 1804 het beginsel van volstrekte straffeloosheid bij vrijwillig terugtreden des daders niet huldigde, en dat dit een argument is voor de stelling, dat ook vroeger dat beginsel hier te lande niet, althans nict algemeen gegolden heeft. [45]). Het betrekkelijke artikel luidt:

Die in het volbrengen eener misdaad door toevallen of omstandigheden, welke van zijnen wil niet afhingen, verhinderd is, moet gestraft worden in evenredigheid met hetgene hij werkelijk verrichtte. Die uit eigen beweging van het volbrengen eener misdaad

---

[43]). John Wilder May. Chief Justice of the Municipal court. etc. The Law of Crimes. Boston 1881 p. 23.

[44]) Seymour F. Harris, B. C. L., M. A. (Oxon). Principles of Criminal Law, Whith additions and notes, adapting id to the American Law by M. F Force. Prof of Equity & Crim. Law, Cincinnati. 1880. p. 20.

[45]). Zie boven p. 21.

afziet, moet in diezelfde evenredigheid, doch met eene nog mindere straf gestraft worden.

Toen het Hoog Nationaal Gerechtshof, in welks handen het Ontwerp gesteld was voor advies, zijn Rapport met bijgevoegde Memorie inzond, was de Republiek reeds een Koninkrijk geworden.

De nieuwe Commissie, door Koning Lodewijk belast met de opdracht tot het ontwerpen van een crimineel wetboek [46]), handhaafde op dit stuk de opvatting van het Ontwerp van 1804. Haar ontwerp heeft als „Crimineel Wetboek van het Koninkrijk Holland" gegolden van 1 Februari 1809 tot het in werking treden van den Code Pénal van 1 Februari 1810, die, gelijk bekend is, de onvrijwillige niet-voltooiing uitdrukkelijk als voorwaarde voor de strafbaarheid der poging stelde. Tot een terugkeer naar het oude recht werd nog eene vergeefsche poging gedaan door het Ontwerp van 1827, grootendeels geschoeid op de leest van het Crimineel Wetboek van 1809. In het ontwerp van 1827 werd de quaestie behandeld in de artt. 24—26 aldus luidende:

a. 24. Geene poging tot welke trap ook gevorderd, kan gestraft worden met de gewone straf van het volbrachte misdrijf; maar moet altijd een lichtere straf ten gevolge hebben, tenzij de wet in eenig bijzonder geval anders uitdrukkelijk hebbe bepaald.

---

[46]). Deze Commissie ingesteld bij decreet van 18 Nov. 1807 bestond uit de H. H. J. E. Reuvens, C. T. Elout en P. van Musschenbroek.

a. 25. Wanneer door den misdadiger alles is verricht, wat door hem kon gedaan worden om het misdrijf deszelfs volle beslag te geven, zoodat de uitkomst alleen toevallig zijne verwachting bedrogen heeft, zal hij met zoodanige straf gestraft worden, welke het naast komt bij die straf, welke hem door den rechter zoude zijn opgelegd, indien hij het misdrijf volbracht had.

a. 26. In alle andere gevallen, zal de straf der poging door den rechter worden bepaald, naar mate de poging meer of minder gevorderd is, en naarmate de misdadiger het voortzetten der daad uit eigen beweging heeft gestaakt, of daarin door anderen toevallig is belet of verhinderd geworden.

Van de nooit in werking getreden wet van 10 Juni 1870, (Sb. no. 22,) houdende den 3den Titel van het 1ste Boek van het Wetboek van Strafrecht, luiden artt. 1 en 2 aldus:

a. 1. Door poging tot misdrijf worden verstaan alle uiterlijke daden, welke met het te plegen misdrijf in zoodanig onmiddellijk en dadelijk verband staan, dat zij als een begin van uitvoering van hetzelve moeten worden beschouwd.

a. 2. Poging tot misdrijf is strafbaar, wanneer dezelve *niet dan door omstandigheden van den wil des bedrijvers onafhankelijk* hare uitwerking heeft gemist.

Poging tot wanbedrijf is onder gelijke bepaling strafbaar, doch alleen wanneer de wet zulks uitdrukkelijk voorschrijft.

In de ontwerpen van ons geldend Wetboek werd het Fransche beginsel gehandhaafd, en zoo luidt dan ook art. 45 W. v. S.:

Poging tot misdrijf is strafbaar, wanneer het voornemen des daders zich door een begin van uitvoering heeft geopenbaard en de uitvoering, alleen ten gevolge van omstandigheden, van zijnen wil onafhankelijk, niet is voltooid.

HOOFDSTUK II.

Onderzoek naar den grondslag van het beginsel der straffeloosheid.

Uit het historisch-vergelijkend overzicht van het voorgaande hoofdstuk moge gebleken zijn, hoe in nagenoeg alle moderne wetgevingen als algemeen geldend beginsel is erkend, dat de dader, zoo dikwijls hij vrijwillig afziet van de voltooiing van zijn, door een begin van uitvoering geopenbaard, voornemen om een misdrijf te plegen, niet strafbaar is voor hetgeen hij reeds verricht heeft.

Enkele schrijvers slechts verklaren zich nog tegen dit beginsel, met name voor zooverre het betreft gevallen van z.g. „voleindigde poging" [1]. Dan immers, zoo heet het, heeft de dader alles gedaan, wat in zijn macht stond, om de delictsvoorwaarden te verwezen-

---

[1]. Vgl. Cohn, Versuch I. p. 556. v. Büri, Causalität [1885] p. 141. Ook Geib, die met anderen strafverzachting bepleit voor gevallen van voleindigde poging. Sommigen achten in die gevallen terugtreden geheel onmogelijk. Vgl. Berner, Preusz. Strafr. § 16.

lijken. Deze opvatting hangt echter m. i. samen met een misverstand, waarop hier met een enkel woord moge worden gewezen. Gewoonlijk dan wordt onder voleindigde poging verstaan die, waarbij alle *positieve* handelingen van den dader zijn afgeloopen, alsof reeds op dat oogenblik het al of niet intreden van het beoogde gevolg niet meer van den dader, maar alleen van de werking der natuurkrachten afhing. Toch is deze opvatting onjuist.

Men stelle dit geval: Iemand wil met eene helsche machine eene ontploffing veroorzaken. De lont, die het vuur in verbinding moet brengen met de ontplofbare stof, heeft eenige minuten noodig om op te branden. Heeft nu de dader door de lont te ontsteken alles gedaan, wat van zijn kant noodig was om het beoogde gevolg te doen intreden? Immers neen! Zijn *positief* doen is niet voldoende; hij moet ook gedurende den tijd, dat de causaliteitreeks aan het rollen is in de richting van het gevolg, eene *negatieve* houding aannemen, hierin bestaande, dat hij zich onthoude van elk zoodanig ingrijpen, als aan de causaliteit eene andere richting zou kunnen geven. Hij mag b.v. de lont niet uittrappen. Deze negatieve houding is evenzeer een schakel in de keten van oorzaken en gevolgen, als de positieve handeling: het ontsteken van de lont.

Verlaat hij die negatieve houding, trapt hij de lont uit, dan keert hij even goed op zijne schreden

terug, als wanneer hij, op het punt de lont aan te steken, het vuur wegwerpt.

Heeft de dader zich echter zóó ver verwijderd, dat hij vóór het opbranden van de lont niet kan zijn teruggekeerd, dán — maar ook eerst dán kan hij gezegd worden verder alles aan de werking der natuurkrachten te hebben overgelaten. Eerst dan is de poging inderdaad voleindigd.

De grens tusschen *voleindigde* en *niet-voleindigde* poging loopt dus niet tusschen het al of niet afgesloten zijn van de handelingenreeks des daders, maar tusschen het al of niet verloren hebben van de beheersching der causaliteit.

De vraag rijst: waarop steunt het thans zoo algemeen gehuldigde beginsel der straffeloosheid? Hoe is het te rechtvaardigen? Vloeit het voort uit algemeene rechtsbeginselen of is het alleen erkend, hetzij om practische redenen van strafrechtspolitiek, hetzij om redenen van billijkheid? Op deze vragen zijn de meest uiteenloopende antwoorden gegeven. Zonder acht te slaan op nauw speurbare schakeeringen, zal ik in dit hoofdstuk de voornaamste theorieën behandelen, welke door de meest gezaghebbende schrijvers ter verdediging van het beginsel zijn opgebouwd.

Naar het gevoelen van velen moet de straffeloosheid beschouwd worden als eene door den strafwetgever uitgeloofde premie, toe te kennen aan ieder, die na begonnen te zijn een misdadig voornemen ten

uitvoer te brengen, vrijwillig daarvan is teruggekomen, „daar het zekerste middel om het misdrijf in zijn loop te stuiten is, straffeloosheid te verzekeren aan den dader, die uit eigen beweging heeft afgezien van de voortzetting van zijn misdadig plan". [2])

Sommigen achten dezen crimineel-politischen grond afdoende ter verklaring en verdediging van het beginsel, anderen voeren hem slechts subsidiair aan, en zoeken hun voornaamste kracht in een rechtsgrond, die dikwijls weer verschilt al naar gelang van de pogingstheorie, welke door den voorsteller wordt gehuldigd [3]).

Ofschoon aan den crimineel-politischen grond, voor zoover hij bij andere gronden een nieuwen steun kan voegen, zeker eenige waarde moet worden toegekend, meen ik niet alleen, dat hij op zichzelf niet toereikend is, om het aannemen eener, tegen de beginselen van het recht indruischende, straffeloosheid voor *alle gevallen*, geheel te verklaren en te rechtvaardigen, maar zelfs dat het aannemen er van tot schadelijke gevolgen moet leiden.

Anders oordeelt Mittermaier, die zegt: Betrachtet man den Fall nach Rechtsgründen und nach den Merkmalen des Versuchs und den rechtlichen Bedingungen der Strafbarkeit, so kann man die Straflosigkeit als

---

[2]). Woorden van onze Memorie van Toelichting. Vgl. Smidt I, p. 394.

[3]). Uitsluitend: o. a. Feuerbach, Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs II, (1804) p. 102—104. Mittermaier, N. Arch. des Crim. Rechts, Band I, p. 200. Bauer, Abhandlungen, (Göttingen 1840) p. 358. Schwarze, Goltd. Archiv. II. (1856) p. 434. Subsidiair: o. a. van Deinse, Alg. beg. van strafr. p. 295. Rossi Traité, p. 283. Ortolan, Eléments de droit pénal, p. 420. Chauveau-Hélie, (Ed. Nijpels) I, p. 194. Add. 2. Ook onze M. v. T., l. c.

rechtlich vorhanden nicht deduciren. Derjenige, welcher mit böser Absicht die zweckmäszigen Handlungen vorgenommen, z. B. schon den Giftbecher gegeben, schon den Dolch gezückt, die brennbaren Materialien schon hingelegt, aber noch zur rechten Zeit den Giftbecher vom Munde des Feindes wegreiszt, den Dolch wegwirft, die zündenden Stoffe selbst auslöscht, *hat bereits solche Handlungen verübt, in welche das Unrecht unzweideutig liegt:* alle Merkmale des strafbaren Versuches sind bei ihm da, und fordern die Strafe der bereits vorgenommen Handlungen, welche den Charakter des Unrechts an sich tragen. *Gründe der Criminalpolitik* dagegen können eine Gezetzgebung wohl bewegen, hier beim Versuche, der aus Reue des Handelnden nicht zur Vollendung kam, Straflosigkeit auszusprechen, weil diese ein starker Antrieb für den Handelnden ist, noch zur rechten Zeit den Regungen des Gewissens zu folgen. Um diesen Vortheil zu erhalten, dasz zuweilen Uebelthäter auf dem Wege des Verbrechens umkehren, dasz also Verbrechen unverübt bleiben, daher kann aus *rein politischen Gründen* die Strafgesetzgebung Straflosigkeit für solche Fälle versprechen". [4])

Opdat eene afwijking van algemeene rechtsbeginselen gerechtvaardigd zij, mag men in het algemeen eischen, eenerzijds dat de belangen, ter bescherming

4). Mittermaier N. Arch. des Crim Rechts, Band I, p. 200—201.

van welke zij moet dienen, gewichtig zijn, anderzijds dat de afwijking zelve in hooge mate doeltreffend zij.

Het belang, dat hier tot de afwijking zou hebben geleid, is dat van de samenleving, van de maatschappij, van de rechtsorde, dat door misdrijven gekrenkt, derhalve door voorkoming ervan gebaat wordt. Aan den eersten der gestelde eischen is dus voldaan. Maar hoe staat het met den tweeden? Is *dit* middel — zoo mag men vragen, — het straffeloos laten plegen van poging tot misdrijf, opdat voltooiing voorkomen worde, — ter bereiking van *dat* doel geschikt?

Zij, die deze vraag bevestigend beantwoorden, redeneeren aldus: „gesteld, iemand is bezig een misdrijf te plegen, maar nog niet zoover gevorderd, dat hij het intreden van het voor de rechtsorde schadelijke gevolg niet meer zou kunnen beletten, hetzij door zijne handelingen te staken, hetzij door eene nieuwe, het gevolg afwendende handeling te verrichten. Nu is het de taak van het recht om rechtsbelangen tegen krenking te beschermen. Welnu, opdat het gevaar van krenking, dat het aangevallen rechtsbelang bedreigt, nog bijtijds worde afgewend, is niets beter dan den dader door een lokmiddel te bewegen om vrijwillig van de nog openstaande gelegenheid tot afwending gebruik te maken. Van welk lokmiddel kan die werking met meer zekerheid worden verwacht, dan van het uitzicht op een door de wet zelve toegezegde absolutie van de eigenlijk reeds verbeurde straf? Werpen wij dan dit lokaas uit! Licht

wordt de een of andere boosdoener er op belust en ziet af van zijn misdadig plan! Dan is het gevaar afgewend, aan het rechtsbelang bleef krenking bespaard, de dader heeft vrijwillig het pad der misdaad verlaten, en het recht zelf heeft beter dan ooit zijn taak volbracht!".

Dit alles klinkt heel fraai en overtuigend! Maar is het juist? Of liever, wordt door dit betoog alleen reeds verklaard, waarom de wet straffeloosheid uitspreekt voor *alle gevallen*, waarin een misdrijf niet werd voltooid tengevolge van het vrijwillig terugtreden des daders, onverschillig of de begeerlijkheid van het lokmiddel der straffeloosheid dan wel andere beweegredenen dezen bewogen hebben? Is het niet, in plaats van eene verklaring en rechtvaardiging van het beginsel, veelmeer slechts eene simpele erkenning, dat de straffeloosheid, die, om welke redenen dan ook, aan vrijwillig terugtreden is vastgeknoopt, soms ook dienst kan doen en nuttig zijn als motief tot dat vrijwillig terugtreden? Immers — en hierop kom ik straks nader terug — de gevallen, waarin men het liefst straffeloosheid toegekend ziet, zijn niet die waarbij de dader zich door het voorgehouden lokaas heeft laten betooveren, maar juist die, waarbij dit lokaas hem onverschillig geweest is, die, waarbij hij zich alleen heeft laten leiden door zijn ontwaakt geweten, en gehoorzaamheid heeft willen belijden en betoonen aan de inwendige stem, die hem tot terugtreden

aanmaande met het gebod: „doe gij aan een ander niet, wat gij niet wilt, dat u geschiedt!”

Ook in deze gevallen heeft de dader door zijne poging de rechtsnorm overtreden en eigenlijk reeds straf verdiend! En toch is ook deze dader strafvrij, ofschoon het crimineel-politisch fuikje niet eens had behoeven te worden uitgezet!

Wat is dan hier de grond der straffeloosheid?

Is met de erkenning, dat de kans op straffeloosheid wel eens voor den dader *kan*, maar volstrekt niet *behoeft* te zijn een *hulpmotief* tot vrijwillig terugtreden, terwijl aan dat vrijwillig terugtreden, onverschillig welk motief er toe hebbe geleid, *altijd* straffeloosheid verbonden is, niet tevens erkend, dat de *ware* grond van het beginsel een andere en diepere is?

Uit het feit, dat de gevallen, waarin straffeloosheid het meest op hare plaats schijnt en het minst gevaarlijk is, juist die zijn, waarin het aangeboden lokmiddel niet gewerkt heeft, meen ik veilig te mogen afleiden, dat men niet de straffeloosheid heeft willen aanwenden als mogelijken beweeggrond tot vrijwillig terugtreden, maar omgekeerd het vrijwillig terugtreden op zichzelf als grond van straffeloosheid heeft beschouwd.

Maar aangenomen zelfs, dat de crimineel-politische grond toereikend is ter verklaring en rechtvaardiging van het beginsel voor *alle gevallen* — immers men zou kunnen zeggen, dat de wet, nu zij eenmaal als middel ter voorkoming van krenking van rechtsbelangen straffe-

loosheid aan vrijwillig terugtreden heeft verbonden, zoo zij althans niet in ongerijmdheden wilde vervallen, geen onderscheid meer heeft kunnen maken in de motieven, die in het spel zijn geweest, maar de premie ook heeft moeten toekennen in die gevallen, waarin hare uitloving eigenlijk niet noodig ware geweest — dan blijft nog de vraag onbeantwoord, of het middel doeltreffend is? Het komt mij voor dat, wanneer de straffeloosheid *uitsluitend* uit den aangevoerden crimineel-politischen grond moet verklaard worden, het middel erger is dan de kwaal.

De voorstanders der crimineel-politische theorie zeggen: *het uitzicht op straffeloosheid* zal weerhouden van het *doorgaan* met de uitvoering van een misdrijf. Goed! Maar beginnen wij met het begin! Van het *beginnen* moet de *strafbedreiging* weerhouden. Naar Feuerbach's zg. theorie van den psychologischen dwang ligt in de strafbedreiging eene van misdrijf terughoudende kracht. Immers door haar wordt de vrees opgewekt, dat het voordeel, dat men zich voorstelt door het plegen van eenig misdrijf te zullen behalen, te niet gedaan, ja zelfs overtroffen zal worden door het nadeel van de straf, welke men daardoor gevaar loopt te zullen ondergaan. Bij de bepaling van de mate van de straf, op eenig misdrijf te stellen, moet met het getal en de kracht der motieven, die tot het plegen er van kunnen leiden, telkens worden rekening gehouden. De macht der naar den kant van het

goede drijvende factoren behoeft in het eene geval meer, in het andere minder versterking, al naar mate de vijand meer of minder macht ontwikkelt. Niet onaardig werd dan ook de theorie van Feuerbach door Carl Binding „Balancir-theorie" gedoopt, waarschijnlijk naar aanleiding van de uitdrukking van Hobbes, die reeds sprak van eene „tamquam in bilancio ponderatio."

Het spreekt wel van zelf, dat werkelijke strafvoltrekking moet plaats hebben, zoo dikwijls de strafbedreiging te kort geschoten is, daar deze laatste anders gevaar zou loopen meer als eene goedkoope aardigheid van den strafwetgever, dan als gemeende en strenge ernst te worden opgevat.

De strafbedreiging kan alleen dan met succes defensief optreden, wanneer degene, die tot het plegen van een misdrijf wordt bekoord, voor straf bevreesd is. Is hij er onverschillig voor, dan heeft de strafbedreiging als „psychologische dwang" geen waarde.

Zij werkt dus en verleent hulp aan de andere tegen het onrecht strijdende psychische factoren, gelijk rechtsbewustzijn, plichtsbesef, eergevoel, medelijden, als *vrees*, en wel *vrees voor straf*. Deze vrees moet dan terughouden van onrechtmatige daden, aan welke door de wet als rechtsgevolg straf is vastgeknoopt.

Heeft nu iemand toch, niettegenstaande de strafbedreiging, aangevangen een misdrijf uit te voeren

met het voornemen om het te voltooien, dan is daarmede in dat bepaalde geval de machteloosheid van de strafbedreiging tegenover den dader gebleken, en zou strikt genomen strafvoltrekking moeten plaats hebben om het ontzag voor de bedreiging levendig te houden.

Maar neen! Dat wil men niet. Eerst moet nog een middel beproefd worden om den dader alsnog van het *voortzetten* der aangevangen uitvoering terug te brengen. Dit middel is nu het uitzicht op volkomen straffeloosheid, zoo hij vrijwillig terugtreedt.

Terloops zij vermeld, dat sommigen meenen, dat wèl het uitzicht op strafverzachting, nièt dat op straffeloosheid verdedigbaar is [5]), maar niet ten onrechte voert Bauer tegen hen aan, dat „von der blossen Zusicherung einer Strafmilderung man diese Wirkung um so weniger zu erwarten haben würde, je seltener der Erfahrung zufolge selbst die Aussicht auf gänzliche Straflosigkeit den gehofften Erfolg hat [6])."

Volgens Bauer is dus zelfs de heilzame werking van het lokmiddel der *volkomen* straffeloosheid blijkens de ervaring niet bijzonder groot.

Nu zal het uitzicht op straffeloosheid evenmin als de strafbedreiging eenigen invloed kunnen hebben op een dader, die niet beducht is voor straf; het zal dus evenals deze moeten werken als *strafvrees*. Zoo zegt dan ook Feuerbach:

---

[5]) Zie o.a. Hepp. Versuche, 1827, p. 137.

[6]) Bauer, Abhandlungen I. p. 358.

Nicht genug, dasz der Versuch gelinder bestraft werde, als die Vollendung; der Staat musz unter gewissen Voraussetzungen auf Strafdrohung völlig Verzicht thun, wenn er nicht um den Versuch zu verhüten, das Verbrechen selbst beförderen will. Dies ist der Fall, wenn der Verbrecher freiwillig von dem Wege der Unrechts zu dem Wege der Gerechtigkeit umkehrt, wenn die That nicht wider Willen des Verbrechers unvollendet blieb, sei as *aus Furcht vor der Strafe* oder aus Regung des Mitleids, oder wegen des erwachten Gewissens oder anderer inneren Ursachen. [7])

Heeft iemand ondanks de bedreigde straf aangevangen een misdrijf uit te voeren, dan zal hij òf geheel ongevoelig zijn voor straf, òf hopen, dat hij wegens de geringe kans op ontdekking toch strafvrij zal blijven. Dit laatste zal wel het meest voorkomen. Welnu, is zulk een dader eenmaal begonnen, dan zal het uitzicht op straffeloosheid als vrees voor straf alleen dan op hem werken, wanneer de kans op ontdekking groot is. Daarvóór niet, anders ware hij waarschijnlijk in het geheel niet begonnen. Is de kans op ontdekking niet groot, dan worden de innerlijke factoren, die tot terugtreden aanmanen, toch reeds bijgestaan door de vrees voor straf, daar de dader dan aldus zou

---

[7]) Feuerbach. Kritik des Kleinschrodischen Entwurfs. II (1804) p. 102-104.

redeneeren: „thans ben ik nog niet ontdekt en kan ik mij waarschijnlijk aan straf onttrekken, door mijne poging te staken; hoe verder ik voortschrijd, des te meer kans tot ontdekking, des te minder op straffeloosheid; laat ik dus dadelijk terugkeeren, nu is het nog tijd.“ Het lokmiddel is dus in dit geval minder noodig en eigenlijk niet gerechtvaardigd.

Het zal dan hoofdzakelijk moeten dienst doen, wanneer de kans op ontdekking wèl groot is, dus in gevallen, waarin de dader onmiddellijk door de straf bedreigd wordt, waarin hij enkel terugdeinst voor het schrikbeeld der gevolgen eener dreigende vervolging, waarin er geenerlei waarborg is, dat zijn misdadige wil heeft opgehouden, ja, waarin hij misschien het plan heeft, om, zoodra de kans schoon is, het gestaakt bedrijf weer op te vatten.

Men gaat FEUERBACH's theorie buiten hare natuurlijke grenzen uitbreiden. Eerst heet het: gij zult niet *beginnen;* begint gij toch, dan straf ik u; thans: zijt ge begonnen, dan straf ik u toch niet; ik zal u alleen dan straffen, *wanneer mijne strafbedreiging gedurende al den tijd, waarin gij het verboden gevolg nog vrijwillig hadt kunnen voorkomen of afweren, tegenover uwen boozen wil is machteloos gebleken.* Zoo zegt dan ook FEUERBACH zelf: „Es wäre beinahe ein Widerspruch der strafenden Gerechtigkeit mit sich selbst, wenn sie diejenigen bestraffen wollte, die

durch sie abgeschreckt, die That unterlassen haben" [8]). Uit deze laatste woorden nu blijkt, dunkt mij, allerduidelijkst het groote gevaar, dat schuilt in de uitsluitende verklaring van de straffeloosheid uit crimineel-politische doeleinden. Immers de grenzen van het straffeloos terugtreden zullen bij aanneming dezer theorie zoover mogelijk moeten worden uitgebreid. Zoo dikwijls het terugtreden als gevolg moet beschouwd worden van strafvrees, zoo dikwijls de strafbedreiging hare functie van medekampioen ten goede met gunstig resultaat heeft uitgeoefend, moet aan het terugtreden als premie straffeloosheid worden verbonden. De uiterste consequentie van dit stelsel is, dat de poging alleen dan strafbaar behoort te zijn, wanneer *absolute physieke* dwang den dader tegen zijn wil heeft belet om de uitvoering van zijn misdadig plan te voltooien.

Een dief is bezig ergens in te breken. Hij hoort gerucht. Waarom kiest hij plotseling het hazepad? Omdat hij vreest ontdekt te zullen worden. Maar wat zou hij zich om ontdekking bekommeren, als hij niet wist, dat daarmede gepaard gaat aanhouding, vervolging en bestraffing? De eindelijke reden van zijn wegloopen is dus vrees voor straf. Wat heeft hier de strafbedreiging dan anders gedaan dan de haar opgedragen functie uitgeoefend? Is het ook hier niet „ein Widerspruch der strafenden Gerechtigkeit mit sich selbst," wanneer men in stede van den inbreker rustig zijns

[8]) Feuerbach, l. c.

weegs te laten gaan, hem achtervolgt, aanhoudt en straft? Immers hij heeft zich van de voltooiing van zijn voornemen laten weerhouden door vrees van straf! Eerst dan zou hij inderdaad straf verdiend hebben, wanneer hij, in plaats van het op een loopen te zetten, rustig doorwerkende de komst van een dienaar der openbare macht had afgewacht, en niettegenstaande diens waarschuwing: „man houd nu op anders dwing ik je en dan ben je d'r bij!" toch was doorgegaan. Dan zou hij alle aanspraak op belooning verloren hebben, omdat eerst dan overtuigend ware gebleken, dat de strafbedreiging op hem geen invloed uitoefent. Men mag vragen of men niet, door op deze wijze de maatschappij tegen misdrijven te beveiligen, het paard van Troje binnenhaalt? Of niet velen, wanneer de weg tot straffeloos terugtreden zóó lang openstaat, des te eerder tot een begin van uitvoering van een beraamd misdrijf zullen overgaan? Of niet de tegen het aanvangen van een misdrijf gerichte strafbedreiging vleugellam geslagen wordt door de ook nog na het aanvangen gegeven kans op straffeloosheid. Mijns inziens is de opmerking van Schülze volkomen juist: „Man könne ebensogut sagen, das gewollte Verbrechen werde um so eher *unternommen*, wenn strafloses Aufgeben immer noch offen stehe" [9]).

---

[9]) Schütze, Lehrbruch (1874) II A, p. 141 Anm. 37. Zoo ook Geyer, aangehaald in Holtz, R. Enc. p. 679.

Tegenover het weldadige (?) van den prikkel voor het *doorgaan*, staat het gevaarlijke van den prikkel voor het *beginnen.*

En deze opmerking wordt waarlijk niet te niet gedaan door de bestrijding van R. Herzog „Es ist nämlich zu erwidern dass die Aussicht straflos zurückzukehren eine äusserst precäre ist. Denn sind *wirkliche Hindernisse* vorhanden, so tritt ja gar keine Straflosigkeit ein" [10]). Of de „Aussicht straflos zurückzukehren", inderdaad eene zoo „äussert precäre" is, zal voor een groot gedeelte hiervan afhangen, wat men onder „wirkliche Hindernisse" verstaat, en bij eene consequente toepassing van de leer, die zegt, dat het een tegenspraak van de straffende gerechtigheid met zichzelve zou zijn, wanneer men diegenen ging straffen, die door vrees voor straf afgeschrikt, van de voortzetting van een misdrijf hebben afgezien, moet mijns inziens het begrip „wirkliche Hindernisse" zeer eng worden opgevat.

De meeste voorstanders der door mij bestreden theorie willen echter niet zoover gaan, zij krimpen het terrein in, waarop het uitzicht op straffeloosheid, of liever de daarmede correspondeerende vrees voor straf door weerhouding den dader ten goede kan komen; zij waarschuwen voor overdrijving. Schwarze zegt: „Die Möglichkeit eines Rücktrits mit der Wirkung

---

[10]) R. Herzog, Rücktritt vom Versuch und thätige Reue, p. 158.

der Straflosigkeit kann häufig den *Unentschlossenen* zum Abstehen von dem Verbrechen bewegen. Allein eine solche Prämie musz, da sie eine Ausnahme ist, und da sie Straflosigkeit einer strafbaren Handlung zusichert, *möglichst beschränkt werden.* Die Verhinderung begonnener Verbrechen kann nicht soweit be-„begünstigt werden, dasz die Begünstigung in einen „Freibrief für das Verbrechen selbst ausarte. Die „Pflicht *des Staats zu Strafen* kann dieser criminal-„politischen Rüchsicht nicht völlig nachgesetzt „werden" [11]).

Door Schwarze wordt dus de afwijking van algemeene rechtsbeginselen — het straffeloos laten plegen van wat eigenlijk strafbaar is — voldoende gerechtvaardigd geacht door de mogelijkheid, dat wel eens de een of andere besluitelooze door het uitzicht op straffeloosheid tot terugtreden genoopt kan worden.

Dat die mogelijkheid bestaat, wil ik niet ontkennen, maar of daardoor het beginsel der straffeloosheid gerechtvaardigd is, meen ik op grond van al het bovenstaande in rechtmatigen twijfel te kunnen trekken.

Daarbij moet ik nog op iets anders de aandacht vestigen. Met den crimineel-politischen grond kan strikt genomen nooit verdedigd worden de straffeloosheid bij vrijwillig terugtreden der hetzij absoluut, hetzij relatief ondeugdelijke poging. Immers de afwijking

---

[11]) Schwarze, Gold. Arch. (1850) Band II, p. 434.

van algemeene beginselen wordt gerechtvaardigd door de begeerte om het maatschappelijk belang, om de rechtsorde te beveiligen tegen voltooiing van misdrijven, maar dan is zij ook niet gerechtvaardigd, zoo dikwijls de voltooiing door de afwijking niet kan voorkomen worden, eenvoudig omdat de mogelijkheid van voltooiing *reeds te voren* geheel ontbrak. In alle die gevallen mist de straffeloosheid hare reden van bestaan.

Toch zal althans bij relatief ondeugdelijke poging, wanneer slechts voldoende gebleken is, dat de dader zijn voornemen heeft opgegeven, straffeloosheid moeten uitgesproken worden.

Velen hebben ingezien, dat de crimineel-politische grond op zich zelf niet alleen ontoereikend, maar zelfs gevaarlijk is, en er dan ook naar gestreefd om een *rechtsgrond* aan het beginsel tot basis te geven.

In de eerste plaats verdient hier genoemd te worden de theorie van ZACHARIAE, welke door hem in zijn uitvoerig en degelijk werk over: die Lehre vom Versuche der Verbrechen, als volgt ontwikkeld wordt: „Gehen wir davon aus, dass zur Strafbarkeit des Versuches teils eine äussere, dem Gesetze widersprechende Thätigkeit, teils und hauptsächlich der auf Uebertretung des Strafgesetzes gerichtete böse Wille erforderlich ist, so dass also die bürgerliche Strafe des Versuches durch die zu einer Handlung erfolgte Vereinigung beider wesentlichen Erfordernisse bedingt wird, so muss notwendig die Strafe getilgt

werden, sobald das eine oder andre dieser Requisite *rückwärts annullirt* wird. Hinsichtlich der äusseren Thätigkeit ist das nun freilich unmöglich. *Was einmal geschehen ist, kann nicht ungeschehen gemacht werden*, und ebenso kann da wo der Wille das Ziel erreichte, von einer Annullation des Willens keine Rede sein. Anders ist es dagegen, wenn der Handelnde mitten auf der betretenen Bahn stehen bleibt und den, seine bisherigen Schritte leitenden, Willen ändert oder aufgiebt. Hier wird der vorhanden gewesene Wille *rückwärts bedeutungslos*, und sowie die moralische Gerechtigkeit den, der vor den zu überwindenden Mühen zuruckschreckt, jedes Anspruchs auf eine für das erstrebte Gute zu gewährende Belohnung für verlustig erklärt und ihm auch nicht einen Teil derselben zubilligen kann, so wird auch demjenigen, welcher zwar Böses bezweckte, allein freiwillig davon abstand, die Strafe, weder ganz, noch teilweise treffen können". [12])

Dit schoonschijnende betoog, dat aan de prachtige vergelijking met de „moralische Gerechtigkeit" eene overrompelende kracht moet ontleenen, blijkt bij nadere beschouwing aan eene doodelijke kwaal te lijden.

Toetsen wij het aan een voorbeeld om de diagnose gemakkelijker te maken. Een dief wil, met de bedoeling om te stelen, zich door braak toegang ver-

---

[12]) Zachariae, Lehre vom Versuche der Verbrechen II, 329 § 256.

schaffen in eene woning. Hij boort een gat in het paneel der deur, „eine äusserre dem Gesetze widersprechende Thätigkeit," met het oogmerk om, na binnengekomen te zijn, weg te nemen wat van zijne gading is; „der auf Uebertretung des Strafgesetzes gerichtete böse Wille." Deze booze wil en de „Thätigkeit," waarin hij zich objectiveert, vereenigen zich in de handeling, „boren." Nu laat ik geheel in het midden of de praemissen, zooals ZACHARIAE die stelt, juist zijn. Men zou er met vrucht over kunnen twisten, of reeds de „Thätigkeit" op zich zelve „dem Gesetze widersprechen" moet, dan wel of het voldoende is, dat die Thätigkeit — zelve onschuldig — het kenmerk draagt van het misdadig voornemen, waarmede zij wordt verricht; ook of de booze wil gericht moet zijn op „Uebertretung der Strafgesetzes," dan wel op het verwezenlijken van eene verandering in de buitenwereld, die nu eenmaal door de strafwet verboden is. Hoe dit zij, in het gekozen voorbeeld wordt aan de strenge eischen van ZACHARIAE tegemoet gekomen.

De dief zal wel geweten hebben, dat hij door te stelen de strafwet overtrad.

Nu de wilsanalyse van den inbreker!

Zijn oogmerk is gericht op wegneming van voorwerpen, die hij binnenshuis hoopt te vinden; om tot de uitvoering van zijn voornemen te geraken, begint hij met een gat in de deur te boren. Zijn wil is dus gericht, primair op het plegen van die handelingen,

welke in zijne voorstelling kunnen leiden tot de mogelijkheid van uitvoering van zijn voornemen: boren, zagen, inklimmen, secundair op de uitvoering van het voornemen zelf: wegnemen van aan een ander toebehoorende voorwerpen. Door deze laatste wilsrichting in verband met de gepleegde handelingen wordt in elk concreet geval bepaald, welk speciaal misdrijf gepoogd is. In casu constitueert de handeling „boren", verricht ter uitvoering van het voornemen tot wegneming, poging tot diefstal met braak. [13])

De op wegneming gerichte wil is dus van het eerste oogenblik af, dat hij zich in „het boren" heeft geopenbaard, voor het strafrecht van beteekenis geweest; want van dat oogenblik waren — ook volgens ZACHARIAE — de elementen van strafbare poging aanwezig. Terwijl de dief zijn zaag door het geboorde gat wil brengen, komt hij tot betere gedachten en ziet af van verdere uitvoering van zijn plan. Op hetzelfde oogenblik nu gebeurt volgens ZACHARIAE een grootsch wonder! Immers door die enkele wilsverandering, gepaard gaande met staking der pogingshandelingen, *niet* uit kracht van eene bijzondere wetsbepaling, die aan later intredende gebeurtenissen als rechtsgevolg kan verbinden, dat eene vroegere hare beteekenis

[13]) Voor poging tot diefstal met braak is geen vereischte, dat de toegang reeds was verkregen, voldoende, dat de dader getracht heeft dien toegang door middel van braak te bekomen, Hof Amsterdam, 15 Mei 1883.

Overzicht van rechtspraak en litteratuur bewerkt door de Red. v/h. Tijdschr. v. Strafr. Art. 45 No. 6.

verliest, geschiedt het, dat het bestaan van het voornemen tot stelen niet alleen ophoudt, maar in het niet terugzinkt. Nu heeft de inbreker onder het boren niet aan wegnemen gedacht, maar alleen aan boren! Misschien zal hij ter zake van beschadiging van eens anders goed [14]) kunnen terechtstaan, nimmer ter zake van poging tot diefstal, daar een voornemen tot wegnemen nooit heeft bestaan! Hier kan dus wèl „was einmal geschehen ist, ungeschehen gemacht werden". Maar geldt ten aanzien van den wil niet evenzeer als ten aanzien van de daad het woord van OSENBRÜGGEN „Ueber die Vergangenheit hat der Thäter weiter keine Macht, Thatsachen sind unerbittlich?" [15])

Mag het bestaan van een bepaald voornemen niet evenzeer als eene bepaalde handeling eene „Thatsache" genoemd worden? Waarom kan dan het „boren" *niet*, het voornemen om te stelen *wél* ongedaan gemaakt worden? Zou niet datzelfde voornemen den dader eene veroordeeling ter zake van poging tot diefstal met braak op den hals geschoven hebben, als hij gedurende het boren was betrapt en aangehouden? Zeer terecht merkt R. HERZOG op „Zwischen äusserer Handlung und Wille kann in dieser Weise nicht unterschieden werden, denn es handelt sich hier wie dort um Thatsachen, dort, dass gehandelt wurde, hier, dass ein gewisser Wille vorlag, korrekter:

---

[14]) Zie Art. 350 W. v. S.

[15]) Osenbrüggen Abhand. I (1857) p. 38.

dass eingewisser (böser) Vorsatz vorhanden war und der Wille demselben entsprach. Thatsachen gehören der Geschichte an, und praeterita revocari non possunt." [16])

De theorie van ZACHARIAE, wegens de terugwaartsche vernietiging van den wil *„annullatie-theorie"* gedoopt, wordt, wat de kern betreft, ook gehuldigd door schrijvers als KÖSTLIN [17]), BERNER [18]), vroeger ook door HÄLSCHNER, die zich als volgt uitdrukte: „Wo von Rücktritt die Rede sein soll, musz in allen Fallen eine wirkliche Versuchshandlung vorliegen, die aber, mag sie beëndigt sein oder nicht, *auf hört Versuch zu sein*, so wie durch freiwilliges Verhindern des Erfolges ihr die ursächliche Beziehung auf diesen genommen wird." [19])

Daargelaten dat eene „ursächliche Beziehung" eerst bestaat, wanneer het gevolg werkelijk is voortgebracht, en derhalve niet te voren kan weggenomen worden, moet „ein Versuch der aufhört Versuch zu sein," als iets onbestaanbaars beschouwd worden. Althans in den zin, dat het nu ook vroeger niet een „Versuch" geweest zou zijn. Wèl kan natuurlijk eene poging afgesloten worden, maar dan is er toch poging geweest, en deze heeft hare eigen waarde. „Das Feuer brennt, Jetzt wird es gelöscht, es hört auf Feuer zu sein;

---

[16]) R. Herzog, l. c. p. 149.

[17]) Köstlin, System (1855) § 84 p. 231.

[18]) Berner, „Verhandlungen des XIII Deutschen Juristentages" Berlin (1876 I, 134.

[19]) Hälschner, System I, p. 199.

aber für die Zeit, wo es gebrennt hat, ist es Feuer gewesen, und daran wird die Ewigkeit nichts ändern." [20])

Men heeft nog op andere wijzen beproefd het beginsel der straffeloosheid op een rechtsgrond te bouwen. Bij LUDEN volgt de straffeloosheid van hem, die vrijwillig de poging afbreekt, uit het begrip en het wezen der poging zelve: „Denn es liegt in diesem Falle im rechtlichen Sinne noch gar keine Handlung vor, welche mit dem *Willen der Vollendung* begangen gewesen wäre. Zwar ist richtig, dass der Thäter, ehe er seine verbrecherische Thätigkeit abbrach, bereits mit dem Willen der Vollendung gehandelt hatte; aber dieses Handeln kann nicht als ein selbständiges angesehen werden, welches abgesondert von dem Abbrechen der verbrecherischen Thätigkeit in Betracht kommen könnte. Denn die ganze verbrecherische Thätigkeit ist von ihrem Beginne bis zu ihrer Beëndigung eine einzige ungeteilte Handlung. Sie kann zwar in einzelne Akte zerlegt werden; aber sie ist dessenungeachtet nur eine einzige Handlung, deren Einheit dadurch begründet wird, dass diese Akte aus dem ungeteilten Willen der Vollendung hervorgegangen sind. Deswegen fehlt es bei dieser ganzen ungeteilten Handlung an dem Wollen, das Verbrechen zu vollenden, wenn dieser Wille erlischt während des einen

---

[20]) R. Herzog, l. c. p. 152.

oder des andern der Akte, die zu ihr gehöhren" [21]).

Deze z. g. „*nulliteits-theorie*" heeft dit voor boven de „annullatie-theorie," dat zij niet aan iets, wat reeds strafbare poging was, dat karakter door eene latere omstandigheid laat ontnemen.

In geval van vrijwillig terugtreden is er nooit poging geweest; deze ontstaat eerst met het intreden van eene omstandigheid, die tegen den wil van den dader de voltooiing verhindert.

Het betoog, dat LUDEN hier op „den Willen der Vollendung" bouwt, is mij niet recht klaar.

Als ik het goed begrepen heb, is het niets anders dan een vrij handig in groote woorden en geleerde volzinnen verstopte drogreden.

Voor werkelijke „poging" is noodig, dat de „geheele handeling" verricht zij met den „Willen der Vollendung". Deze moet dus, opdat er van poging sprake kunne zijn, de geheele pogingshandeling vergezellen. Het komt er nu maar op aan te weten, wat men onder „geheele pogingshandeling" heeft te verstaan! Om dit begrip vast te stellen, hebben wij weer den „Willen der Vollendung" noodig. Immers de pogingshandeling is volgens LUDEN, al kan zij dan ook gesplitst worden in verschillende afzonderlijke verrichtingen, ééne enkele handeling. De eenheid dier afzonderlijke verrichtingen

---

[21]) Luden, Handbuch des Deutschen gemeinen und particularen Strafrechts I, (1847) § 69 d. p. 420.

Voor deze theorie o. a. Seeger en Goltd Archiv. XVIII, p. 233.

wordt hierdoor gevormd, dat zij alle uit eenzelfden ongedeelden „Willen der Vollendung" voortgesproten zijn. De handeling moet dus als een afgerond geheel beschouwd worden, zoodra er niets meer bij komt, dat uit den voltooiingswil is voortgevloeid. Met de handeling, die, om werkelijke poging op te leveren, van het begin tot het einde verricht moet zijn met den wil der voltooiing, wordt derhalve, als ik het goed begrijp, bedoeld de handeling als inbegrip der afzonderlijke verrichtingen, die met den wil der voltooiing zijn geschied.

Het blijkt dus, dat de bepaling, die oogenschijnlijk dient om een ruim begrip te begrenzen, eigenlijk van datzelfde ruime begrip een bestanddeel is.

Is nu de wil om het misdrijf te voltooien gedurende eene dier verrichtingen, die, — omdat zij uit den voltooiingswil voortspruiten, — tot de als eenheid beschouwde handeling behooren, weggestorven, dan „felht es bei dieser ganzen ungeteilten Handlung — die nota bene alleen als „eine ungeteilte Handlung" kan beschouwd worden, omdat zij geheel ontsproot aan den „Vollendungswillen", — aan den „Vollendungswillen".

Wordt hier een raadsel opgegeven, zou ik willen vragen, of eene verklaring gezocht?

Een man wil een huis in brand steken. Hij legt bandstoffen gereed, overgiet deze met petroleum, ontsteekt lucifers en werpt ze op de brandstoffen. Of de man reeds gedurende het gereed leggen der brandstoffen wordt aangehouden, dan wel of het vuur nog

bijtijds werd uitgedoofd, nadat hij de brandende lucifers had gebruikt, in beide gevallen is er evenzeer strafbare poging. Want alles, wat in het eerste geval aan de aanhouding, in het tweede aan het uitdooven voorafging, geschiedde geheel met den „Willen der Vollendung." Dat er in het eene geval meer afzonderlijke verrichtingen plaats gehad hebben dan in het andere, doet niets ter zake. Op het getal daarvan komt het voor het begrip der als eenheid beschouwde pogingshandeling niet aan. Maar waarom kan deze niet evenzeer afgesloten worden door vrijwillige staking? De staking zelve geschiedt niet meer met den wil der voltooiing, maar is er ook niet meer uit voortgevloeid. Als laatste tot de pogingshandeling behoorende verrichting moet beschouwd worden die, welke onmiddellijk aan de staking voorafging; daarmede wordt zij afgesloten, daarmede wordt zij een „geheel," en daar dat „geheel" werd vergezeld door den „Willen der Vollendung" is het strafbare poging. De brandstichter heeft zijne lucifers ontstoken; maar in plaats van ze brandende weg te werpen, blaast hij ze uit. Het ontsteken der lucifers is dan de laatste uit den voltooiingswil voortgesproten, daarvan vergezelde en daarom tot de pogingshandeling behoorende verrichting. Of bedoelt Luden, dat die laatste verrichting in geval van vrijwillige staking wel voortsproot *uit*, maar niet vergezeld werd *van* den wil der voltooiing, zoodat, daar zij wel tot de handeling behoorde, maar zelve

niet met den „Willen der Vollendung" gepaard ging, deze dus ook niet de *geheele* handeling vergezelde, en om die reden van poging nog geen sprake kan zijn? B.v. de brandstichter ontsteekt nog aarzelend de lucifers; terwijl hij dat doet, is hij reeds van plan ze uit te blazen. Maar dan is het ontsteken der lucifers niet alleen niet vergezeld geweest van, maar ook niet voortgevloeid uit den voltooiingswil, en maakt derhalve ook niet deel uit van de handeling.

Behalve de bovenvermelde „annullatie-theorie" heeft Zachariae subsidiair eene andere opgesteld, volgens welke voor de strafbaarheid der poging „ein beharrlicher böser Wille" noodig is. „Der freiwillig von der Vollendung Abstehende zeigt aber durch die That, dass er keinen festen und beharrlichen bösen Willen hatte" [22]). Ook heeft de rechtsorde van zoo iemand geen gevaar te duchten. Terecht wordt door Schwarze tegen deze „*infirmiteits-theorie*" aangevoerd, dat „ein beharrlicher böser Wille" nergens als criterium voor de strafbaarheid wordt gevorderd [23]). En volgens Bauer is zij wel in staat om strafvermindering te rechtvaardigen, maar houdt zij geenszins een afdoend argument in voor volkomen straffeloosheid [24]).

Daarenboven zou wanneer, inderdaad een *duurzame* booze wil voorwaarde voor de strafbaarheid der

---

[22]) Zachariae, l. c.

[23]) Schwarze, Goltd. Arch. II (1854) p. 433.

[24]) Bauer, Abhand. I (1840) p. 356.

poging was, in vele gevallen ook bij onvrijwillige niet-voltooiing straffeloosheid moeten aangenomen worden.

Immers hoe zal men kunnen bewijzen, dat een duurzame booze wil aanwezig was in gevallen, waar na de eerste uitvoeringshandeling nog andere noodig waren om het gevolg te doen intreden, terwijl de dader reeds bij het eerste begin werd aangehouden?

Consequent gedacht, maar onaannemelijk wegens haar uitgangspunt schijnt mij de „*praesumptie-theorie*". Zij hangt onmiddellijk samen met de praesumptieve pogings-theorie, die vooral in Frankrijk aanhangers heeft gevonden, en nog onlangs op voortreffelijke en uitvoerige wijze uiteengezet en verdedigd werd door R. Herzog in zijn reeds meermalen geciteerd werk [25]). Hij zelf is er zoo mede ingenomen, dat hij van haar zegt: „Diese ist unsrer Meinung nicht *eine* Versuchstheorie, sondern *die* Versuchstheorie wenigstens für alle Rechte, die auch straflosen Versuch speciell bei Rücktritt anerkennen" [26]).

Zij komt hierop neer. Iedere met straf bedreigde handeling moet opgevat worden als de overtreding van een van staatswege gegeven gebod of verbod. De staat geeft verbods- en gebodsvoorschriften ter voorkoming van door menschen toedoen teweeg gebrachte veranderingen in de buitenwereld, waardoor

---

[25]) Herzog l. c. p. 168.
[26]) l. c. p. 180.

gekrenkt worden belangen, die door het recht strafrechterlijke bescherming zijn waardig gekeurd. Voor zooverre de krenking enkel door de werking van natuurkrachten plaats heeft, ligt ze buiten het gebied van het strafrecht, ze ligt er binnen, voor zooverre zij wordt in het leven geroepen door bewuste gedragingen van menschen. Nu kan de mensch in het algemeen die veranderingen niet onmiddellijk veroorzaken; over de causaliteit der natuur heeft hij geen macht. Wel kan hij handelingen verrichten of een houding aannemen, waarvan hij ze als resultaat verwacht. Wat beteekent dus eigenlijk de rechtsnorm? Wat wil het zeggen wanneer de staat b.v. het verbodsvoorschrift geeft: gij zult niet dooden? Het beteekent: gij zult u onthouden van elke gedraging, waarvan gij als gevolg eens anders dood verwacht. Of beter en juister: gij zult zoodanige gedraging niet voortzetten, totdat het al of niet intreden van eens anders dood aan uwe macht is ontglipt.

Want dan is de causaliteit in de richting van het verboden gevolg zoo ver voortgerold, dat de dader haren loop nîet meer kan stuiten. Dan is de norm overtreden. Aan dit oogenblik behoort ook de strafbedreiging te zijn vastgeknoopt.

Hieruit volgt, dat de poging, zoolang zij vóór dit punt ligt, niet strafbaar is.

Iemand wil een ander doodschieten. Hij legt aan en wil losdrukken, maar wordt bijtijds tegengehouden.

Door het aanleggen alleen heeft hij het verbod: gij zult niet dooden, nog niet overtreden en is geen nadeel toegebracht. Toch zal hij gestraft worden ter zake van poging tot doodslag. Waarom? Omdat het voor de rust en de veiligheid der maatschappij van groot belang is, dat reeds de poging strafbaar gesteld zij. Om crimineel-politische redenen dus. Wanneer men weet door eene poging straf te beloopen, zal men minder spoedig tot een begin van uitvoering overgaan, dan wanneer men daarmede niets op het spel zet. Vooral de eigenlijke beroeps- of gewoonte misdadigers zouden bij straffeloosheid der poging licht aan den arm der gerechtigheid ontsnappen. Zij zouden zich altijd veilig kunnen terugtrekken en zelfs bij ontdekking zou men hen straffeloos moeten laten loopen. De rechtvaardiging van de strafbaarheid der poging ligt dan ook in de algemeen heerschende overtuiging, dat de daders het misdrijt voltooid zouden hebben als niet eene van buiten intredende omstandigheid het had verhinderd. Bewezen is dit wel niet, want de dader had zich tot op het aangewezen beslissend oogenblik nog altijd kunnen terugtrekken, maar het recht ziet zich om crimineel-politische redenen gedwongen om het als bewezen aan te nemen. „Maar wanneer nu de dader vrijwillig terugkomt op de reeds aangevangen handeling, dan wijkt het in de aangevangen uitvoering sprekende vermoeden, dat hij niet opzag tegen het plegen van het misdrijf voor de bewezen

waarheid, dat hij daarvan nog tijdig heeft afgezien. [27])" Of dus de poging bij vrijwillig terugtreden van den dader straffeloos behoort te zijn, is bij het aannemen van deze pogingstheorie niet eens meer eene vraag. Immers de eenige grond van de strafbaarheid: het vermoeden, — wijkt dan voor de bewezen waarheid van het tegendeel.

Deze theorie acht ik onhoudbaar, omdat volgens haar de dader gestraft wordt niet voor hetgeen hij *gedaan heeft*, maar voor hetgeen hij *gedaan zou ·heb-hebben*. A. en B. doen beiden precies dezelfde poging. Op hetzelfde oogenblik dat A aangehouden wordt, trekt B zich vrijwillig terug. Deze is straffeloos, geene strafbaar. Maar waarom? Voor hetgeen hij gedaan heeft? Maar B. heeft met dezelfden boozen wil precies dezelfde handeling verricht en wordt niet gestraft. Dus voor hetgeen hij wellicht gedaan zou hebben? Maar hieromtrent verkeert men geheel in het duister! Eene seconde later en hij had zich misschien evenals B vrijwillig teruggetrokken. Rossi, die zelf een voorstander is van de praesumptieve theorie, roept met de hem eigen levendigheid uit: „La tentative est suspendue par un événement fortuit; mais sans cet événement le crime aurait-il été consommé? Cela est possible, si l'on veut, probable, mais rien de plus, car, si c'est une vraie tentative, l'auteur pouvait

---

[27]) Woorden van onze Memorie van Toelichting Zie Smidt I, p. 391.

aussi se désistér. Ce surplus de volonté, ce dégré ultérieur de persévérance et d'iniquité, comment l'imputer? Point de fait révélateur. Ce n'est donc qu'une induction; il a fait les deux tiers de la route du crime, donc il aurait achevé sa course. Cependant plus il approchait du terme, plus il allait se trouver face à face avec le crime, et mieux il pouvait, dans quelques cas du moins en sentir l'horreur, et abandonner son projet.

Ainsi toute la partie de l'imputation, qui surpasse l'instant de la suspension de la tentative est une imputation hasardée; *c'est imputer ce que l'on ignore; c'est punir la pensée par conjecture*". [28])

Wat is het strafrecht? Het strafrecht is „het samenselsel van de beginselen en regelen, welke de staat resp. eenige andere openbare rechtsgemeenschap volgt, in zooverre hij als handhaver der openbare rechtsorde onrecht verbiedt *en aan overtreding zijner rechtsvoorschriften* voor den overtreder een bijzonder leed als straf verbindt". [29])

Straf wordt dus opgelegd wegens gepleegde, niet wegens vermoedelijk toekomstige overtreding van rechtsvoorschriften. In het gestelde voorbeeld had B evenzeer als A het rechtsvoorschrift van den Staat overtreden en daarvoor straf verdiend.

---

[28]) Rossi, Traité. Livre II, Chap. XXXI, p. 359. Zie ook Chauveau-Hélie I 357, 358. „C'est sur cette dernière présomption, qu'est assise la peine."

[29]) Van Hamel, Inleiding tot de studie v/h. Ned. Strafr. I, 1ste p. 8.

De groote fout van de praesumptieve pogingstheorie ligt, mijns inziens, in de verwarring van de *onrechtmatigheid* en de *strafwaardigheid* van de poging. Het is onjuist, dat de norm eerst dan zou overtreden zijn, wanneer de dader op den weg van het onrecht reeds zoo ver overschreden is, dat hij niet meer vermag in te grijpen in de uit zijn handeling ontwikkelde en in de richting van het verboden gevolg voortrollende causaliteit. Het gaat niet aan met R. HERZOG te zeggen, dat de onvoleindigde poging — in de beteekenis, welke ik in den aanvang van dit hoofdstuk daaraan heb toegekend — niet normovertreding is, al klinkt het ook wel aardig, wat hij ter rechtvaardiging van deze meening zegt: „denn der Wille des Gesetzgebers, den Erfolg x zu verhinderen, rechtferigt nicht, dass er sämmtliche Wege nach diesem Punkte verbietet. Er will eben nur, dass die Wanderer nicht in x ankommen, ob sie aber bis unmittelbar vor x, etwa bis w gelangen, muss ihm an sich völlig gleich sein." De misdadiger is geen gewone wandelaar, en de weg naar de misdaad is geen gewone wandelweg met pleisterplaatsen. De wetgever kan het ter bescherming van rechtsbelangen wel degelijk noodig oordeelen, dat aan ieder verboden wordt om een voet te zetten op den weg, die tot krenking van het rechtsbelang kan leiden, zoo dikwijls dit althans geschiedt met de bedoeling om tot werkelijke krenking inderdaad te komen.

Door het doen van eene poging openbaart de dader

op eene ondubbelzinnige wijze zijne gevaarlijkheid voor de rechtsorde; hij heeft daardoor getoond den drang der zinnelijkheid niet te kunnen onderdrukken, er niet tegen op te zien om een boos voornemen in daden om te zetten en op de door de staat beschermde rechtsbelangen een aanval te doen. Daardoor alleen reeds kan hij schrik en angst verspreid hebben, en zoo nadeel hebben toegebracht aan de rechtsorde. Zeer juist is, wat Lelièvre zegt: „Jam emin in tali casu manifestam esse legis poenalis violationem jamque damnum datum esse legis auctoritati, jam labefactam fiduciam mutuam civium, jam turbatam consociationem civilem, quis est qui in dubium hoc tractare vellet?" [30]).

Het voorschrift van den Staat luidt dan ook geheel algemeen: gij zult u onthouden van elke gedraging, welke gij ter uitvoering van uw voornemen om een misdrijf te plegen doet strekken, en waardoor zich dat voornemen openbaart. *Dit* voorschrift wordt door *elke* poging tot misdrijf, waarbij het tot eene uitvoeringshandeling gekomen is, overtreden. Neemt men aan, dat de bijgevoegde voorwaarde der onvrijwillige niet-voltooiing, welke enkel de *strafwaardigheid* bedoelt te begrenzen, deel uitmaakt van het verbodsvoorschrift, zoo dat dit in zijn geheel zou moeten luiden: „zoo gij althans niet zorg draagt, dat gij uw eens genomen besluit verandert en het intreden van het verboden

[30]) Lelièvre, De conatu delich, p. 286.

gevolg vrijwillig voorkomt", — dan moet men tot de gevolgtrekking komen, dat eene poging, op zich zelve niet ongeoorloofd zijnde, het karakter van onrechtmatigheid en dus van normovertreding eerst ontleent aan de geheel buiten haar liggende omstandigheid, die tegen den wil des daders de voltooiing verhindert.

Immers de dader zal in vele gevallen aangehouden worden op een oogenblik, waarop hij nog gelegenheid te over zou gehad hebben om zijn wilsbesluit te veranderen, en zelf het intreden van het gevolg te voorkomen. Toch wordt hij dan gestraft ter zake van overtreding van het algemeen geldende pogingsverbod. Een dief steekt de hand uit om een of ander voorwerp weg te nemen; op hetzelfde oogenblik wordt zijn arm gegrepen. Nu zou de handbeweging van den dief niet reedsdadelijk het karakter van onrechtmatigheid gedragen hebben, maar dat karakter daaraan eerst gegeven zijn, doordat een ander zijn arm vastgreep. Want onrechtmatig moet hetgeen geschied is toch zijn! Wel kan iets, wat onrechtmatig is, niet strafwaardig, maar niet omgekeerd iets, wat strafwaardig is, niet onrechtmatig zijn. Daar het nu al te dwaas is, om te beweren dat eene of andere latere en geheel op zichzelf staande omstandigheid invloed zou kunnen hebben op de rechtmatigheid of onrechtmatigheid van een gepleegde handeling, moet men wel aannemen, dat de *onrechtmatigheid* van den aanvang af vaststaat. Alleen de

strafwaardigheid verkeert gedurende een zeker tijdsverloop in een zwevenden toestand. Zoolang toch de dader alsnog vrijwillig de voltooiing van het delict kan voorkomen, blijft voor hem de kans op straffeloosheid openstaan.

Iedere poging, die voldoet aan de door de wet gestelde voorwaarden, welke *op de handeling zelve* betrekking hebben, draagt derhalve het karakter van normovertreding; bleef het beoogde misdrijf onvoltooid tengevolge van omstandigheden van 's daders wil afhankelijk, dan is die normovertreding strafwaardig.

Tegen de praesumtie-theorie kan ook nog aangevoerd worden, dat zij, ook al ware zij bevredigend voor het denken, toch slechts kan gelden voor de landen, waar aan vrijwillig terugtreden bij poging *straffeloosheid* verbonden is.

In andere landen, waar enkel *strafverzachting* is toegelaten, moet natuurlijk de strafbaarheid der poging op een geheel anderen grondslag dan een vermoeden rusten. Zoo bijv. in Zwitserland, waar de Bondswet aan de cantonnale wetgevingen vrijheid heeft gelaten om te kiezen tusschen volkomen straffeloosheid en strafverzachting. Hoe heeft zich daar de Bondswetgever de strafbaarheid der poging gedacht? Wordt niet, — zoo mag ik vragen, — door het feit, dat de praesumptie-theorie de strafbaarheid der poging niet vermag te verklaren voor *alle* landen, waar zij is strafbaar gesteld, het vermoeden opgewekt, dat

de grondslag van die strafbaarheid en dus ook van de straffeloosheid bij vrijwillig terugtreden een andere moet zijn?

Waarom dan straffeloosheid? Eenerzijds, omdat, waar de strafwetgever alleen daarom de poging in het algemeen binnen den kring der op straffe verboden gedragingen getrokken heeft, wijl door de poging de dader is gebleken gevaarlijk te zijn voor de rechtsorde, de billijkheid tempering van het strenge beginsel gebiedt, zoo dikwijls uit de vrijwillige niet-voltooiing van het misdrijf blijkt, dat de dader heeft opgehouden gevaarlijk te zijn; anderzijds omdat het strafrecht, waardoor „ter rechtsbescherming middelen worden aangewend van ongemeene scherpte" [31]), waarmede, volgens v. Liszt, het recht snijdt in zijn eigen vleesch, — alleen als ultimum remedium, dus eerst in de uiterste noodzakelijkheid mag toegepast worden, en daarom van zijne heerschappij afstand moet doen in alle bijzondere gevallen, waarin van het tegendeel dier noodzakelijkheid blijkt. Hierdoor acht ik de erkenning van het beginsel voor *enkele gevallen* gerechtvaardigd, n.l. wanneer aan de rechtsorde door de poging nog geen noemenswaardig nadeel is toegebracht, en in die gevallen alleen dan, wanneer de dader is teruggetreden, omdat hij tot inkeer is gekomen, wanneer hij zijn voornemen heeft opgegeven niet alleen

---

[31]) Woorden van Mr. G. A. van Hamel, l. c. 2de stuk, p. 121.

voor *nu*, maar, op het oogenblik der terugtreding althans, voor *altoos*. Want alleen dán kan men zeggen, dat de grondslag van de strafbaarheid der poging inderdaad is weggevallen; alleen dán behoort misdien hare strafbaarstelling te worden opgeheven.

Toch heerscht het beginsel over veel uitgestrekter gebied, dan het hier ompaalde! Hoe men ook over „vrijwillig" moge denken, of men er eene enge dan wel eene ruime beteekenis aan wil geven, stellig omvat het meer, dan wat ik hierboven noemde. Slechts dan is volgens onze wet de poging strafbaar, wanneer voltooiing van het misdrijf verhinderd werd *alleen* tengevolge van omstandigheden van 's daders wil onafhankelijk.

Dit eischt nadere verklaring! Zij kan misschien gevonden worden in de beschouwing van de verschillende regelingen, tusschen welke de strafwetgever ten aanzien van de poging te kiezen had, in verband met het uiteenloopende karakter der materie, naarmate men met poging tot het eene of tot het andere delict te doen heeft.

In aanmerking genomen de moeielijkheid, of liever de onmogelijkheid om in ééne wettelijke formule samen te vatten de enkele gevallen, waarin straffeloosheid werkelijk gerechtvaardigd is, — niet *meer* en niet *minder*, — zou de eenvoudigste en meest practische oplossing zijn geweest om de beslissing of eene bepaalde poging strafbaar of straffeloos zal zijn over te laten aan den rechter, die het meest in staat is om de omstandig-

heden, waaronder een bepaald pogingsgeval plaats heeft gehad, op hare juiste waarde te schatten, en die het best kan beoordeelen, of reeds nadeel aan de rechtsorde is toebracht, en of van de niet gevaarlijkheid des daders genoegzaam gebleken is.

Hiertegen verzette zich — en met recht — eene door de opgedane ervaring alleszins gerechtvaardigde afkeer van arbitraire rechtspraak, die daarenboven niet paste in het kader der opvattingen over de drie staatsmachten. Alleen de wetgever toch heeft te bepalen, wat als strafbaar onrecht zal beschouwd worden, wat niet; de rechter heeft slechts te onderzoeken of dat onrecht in een bepaald geval al dan niet is geschied.

Dan was het dus beter om de poging algemeen en zonder uitzondering strafbaar te stellen, gelijk thans nog in Engeland het geval is, en vroeger ook in ons vaderland rechtens was. Vooral nu speciale strafminima niet meer zijn erkend, zou de rechter vrij aan alle omstandigheden, die ten voordeele en ten nadeele van den dader pleiten, invloed kunnen toekennen op de bepaling van de strafmaat.

Toch verzet zich hiertegen een rechtmatig billijkheidsgevoel! Er zijn inderdaad gevallen, waarin geen enkele straf, hoe gering ook, gerechtvaardigd is.

Daar nu de andere gevallen van poging, waarin reeds nadeel aan de rechtsorde is berokkend, en waarin van de niet-gevaarlijkheid des daders niet blijkt, meestal wel in de omschrijving van een ander delict dan

juist het gepoogde zullen passen, en derhalve toch straf kan opgelegd worden, verdient, dunkt mij, het aangenomen stelsel de voorkeur.

Eene geheel bevredigende oplossing is het echter niet! Want, — al komen ze niet veel voor, — gevallen waarbij iemand, die naar het algemeen rechtsbewust-zijn stellig straf verdiend heeft wegens het ideëele nadeel, dat hij heeft aangericht, toch straffeloos blijft, omdat hij nog juist bijtijds, even voordat het delict zou zijn voltooid, vrijwillig is teruggetreden, zijn stellig denkbaar.



STELLINGEN.

STELLINGEN.

I.

De crimineel-politische overweging, dat het uitzicht op straffeloosheid den dader van voltooiing kan terughouden, is niet toereikend om de straffeloosheid der poging bij vrijwillig terugtreden des daders voor alle gevallen terechtvaardigen.

II.

Ingeval iemand, na een ander tot misdrijf te hebben uitgelokt, door zijn toedoen de voltooiing verhindert, deelt hij niettemin in de strafbaarheid van den dader ter zake van poging.

III.

De dagvaarding ter zake van valschheid in geschriften, waarin zonder nadere aanduiding wordt vermeld, dat uit het gebruik van het valsche of vervalschte stuk nadeel kan ontstaan, behoort als bevattende eene qualificatie, niet eene opgave van het feit, te worden nietig verklaard.

IV.

De ambtenaar, die in eene op eigen wetenschap gegronde verklaring omtrent eenig feit, tengevolge van misleiding en volkomen te goeder trouw, eene met de waarheid strijdige voorstelling van het feit heeft gegeven, is niet te beschouwen als de „manus ministra" van den misleider ten aanzien van eene door dezen in de verklaring gepleegde valschheid.

V.

Uit art. 221 al. 2 Sv. vloeit voor den rechter niet de verplichting voort om in cas van veroordeeling op grond van art. 5 al. 2 Sr. de artikelen der buitenlandsche wet in het vonnis aan te halen.

VI.

Gedurende den termijn, waarin de klager nog bevoegd is zijn klacht in te trekken, mag van den rechter geen vonnis gevraagd worden.

VII.

Door het „niet bedeeld zijn" als kenteeken van maatschappelijken welstand te stellen, is het kieswetsontwerp-Tak ongrondwettig.

VIII.

Uitlevering van Nederlanders wordt door de Grondwet niet verboden.

IX.

Ten onrechte wordt aan crediet-hypotheek rang verleend van den dag der inschrijving.

X.

Hypotheek door den trekker van een wisselbrief ten behoeve van den nemer gesteld gaat niet door endosssement over op latere houders.

XI.

Ten onrechte werd door de Rechtbank te Haarlem dd. 14 Febr. '93 rechtsgeldig en onherroepelijk verklaard de clausule in eene acte van huwelijksche voorwaarden, bij welke de aanstaande echtgenooten elkander overeen weder benoemen tot executeurs-testamentair.

XII.

Door het opnieuw uitrusten en laten varen van het schip verliest de eigenaar de bevoegdheid, om zich door afstand van schip en vracht te ontslaan van de aansprakelijkheid voor de handelingen en verbintenissen van den schipper, welke betrekking hebben op eene vroegere reis.

XIII.

De „oorspronkelijke stukken" bedoeld in art. 148 Rv., kunnen ook afschriften zijn.

RECEPTIE des namiddags te 5 uur,

in het Universiteitsgebouw.



Stoomdrukkerij van H. A. van OLPHEN & Co., Haarlem.